This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

Über dieses Buch

Dies ist ein digitales Exemplar eines Buches, das seit Generationen in den Regalen der Bibliotheken aufbewahrt wurde, bevor es von Google im Rahmen eines Projekts, mit dem die Bücher dieser Welt online verfügbar gemacht werden sollen, sorgfältig gescannt wurde.

Das Buch hat das Urheberrecht überdauert und kann nun öffentlich zugänglich gemacht werden. Ein öffentlich zugängliches Buch ist ein Buch, das niemals Urheberrechten unterlag oder bei dem die Schutzfrist des Urheberrechts abgelaufen ist. Ob ein Buch öffentlich zugänglich ist, kann von Land zu Land unterschiedlich sein. Öffentlich zugängliche Bücher sind unser Tor zur Vergangenheit und stellen ein geschichtliches, kulturelles und wissenschaftliches Vermögen dar, das häufig nur schwierig zu entdecken ist.

Gebrauchsspuren, Anmerkungen und andere Randbemerkungen, die im Originalband enthalten sind, finden sich auch in dieser Datei – eine Erinnerung an die lange Reise, die das Buch vom Verleger zu einer Bibliothek und weiter zu Ihnen hinter sich gebracht hat.

Nutzungsrichtlinien

Google ist stolz, mit Bibliotheken in partnerschaftlicher Zusammenarbeit öffentlich zugängliches Material zu digitalisieren und einer breiten Masse zugänglich zu machen. Öffentlich zugängliche Bücher gehören der Öffentlichkeit, und wir sind nur ihre Hüter. Nichtsdestotrotz ist diese Arbeit kostspielig. Um diese Ressource weiterhin zur Verfügung stellen zu können, haben wir Schritte unternommen, um den Missbrauch durch kommerzielle Parteien zu verhindern. Dazu gehören technische Einschränkungen für automatisierte Abfragen.

Wir bitten Sie um Einhaltung folgender Richtlinien:

+ *Nutzung der Dateien zu nichtkommerziellen Zwecken* Wir haben Google Buchsuche für Endanwender konzipiert und möchten, dass Sie diese Dateien nur für persönliche, nichtkommerzielle Zwecke verwenden.

+ *Keine automatisierten Abfragen* Senden Sie keine automatisierten Abfragen irgendwelcher Art an das Google-System. Wenn Sie Recherchen über maschinelle Übersetzung, optische Zeichenerkennung oder andere Bereiche durchführen, in denen der Zugang zu Text in großen Mengen nützlich ist, wenden Sie sich bitte an uns. Wir fördern die Nutzung des öffentlich zugänglichen Materials für diese Zwecke und können Ihnen unter Umständen helfen.

+ *Beibehaltung von Google-Markenelementen* Das "Wasserzeichen" von Google, das Sie in jeder Datei finden, ist wichtig zur Information über dieses Projekt und hilft den Anwendern weiteres Material über Google Buchsuche zu finden. Bitte entfernen Sie das Wasserzeichen nicht.

+ *Bewegen Sie sich innerhalb der Legalität* Unabhängig von Ihrem Verwendungszweck müssen Sie sich Ihrer Verantwortung bewusst sein, sicherzustellen, dass Ihre Nutzung legal ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass ein Buch, das nach unserem Dafürhalten für Nutzer in den USA öffentlich zugänglich ist, auch für Nutzer in anderen Ländern öffentlich zugänglich ist. Ob ein Buch noch dem Urheberrecht unterliegt, ist von Land zu Land verschieden. Wir können keine Beratung leisten, ob eine bestimmte Nutzung eines bestimmten Buches gesetzlich zulässig ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass das Erscheinen eines Buchs in Google Buchsuche bedeutet, dass es in jeder Form und überall auf der Welt verwendet werden kann. Eine Urheberrechtsverletzung kann schwerwiegende Folgen haben.

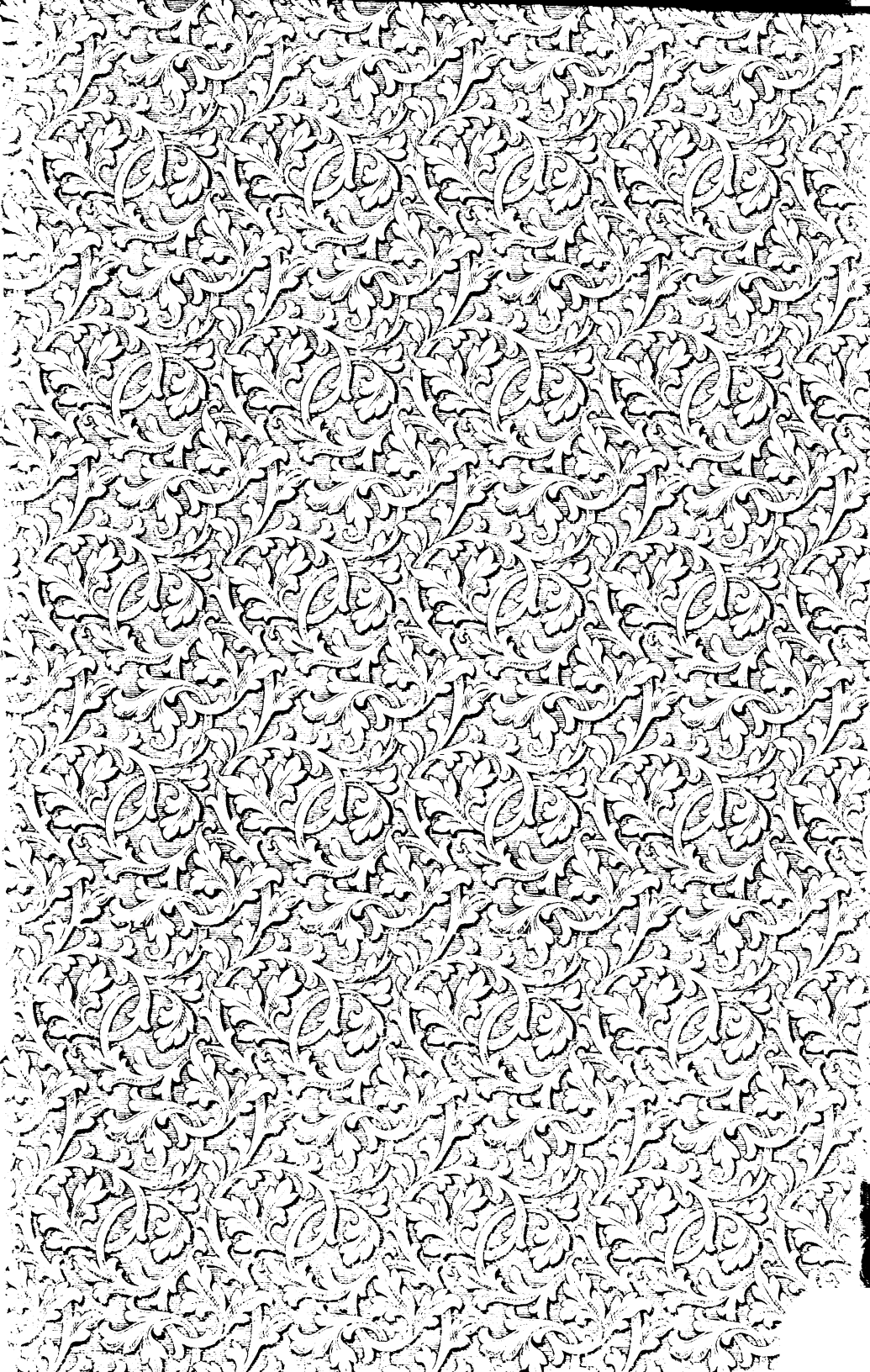
Über Google Buchsuche

Das Ziel von Google besteht darin, die weltweiten Informationen zu organisieren und allgemein nutzbar und zugänglich zu machen. Google Buchsuche hilft Lesern dabei, die Bücher dieser Welt zu entdecken, und unterstützt Autoren und Verleger dabei, neue Zielgruppen zu erreichen. Den gesamten Buchtext können Sie im Internet unter `http://books.google.com` durchsuchen.

3 2044 103 204 749

HARVARD LAW LIBRARY.

Received Dec. 23, 1904.



Germany

Recht und Rechtssätze.

Eine Untersuchung

über

den Rechtsbegriff der positiven Rechtswissenschaft

von

Georg Frenzel
Gerichtsassessor in Königsberg i. Pr.

Leipzig
Druck und Verlag von Breitkopf und Härtel
1892.

Alle Rechte, insbesondere das der Übersetzung, vorbehalten.

Rec. Dec. 23, 1904

Vorwort.

Die nachfolgenden Zeilen sollen die Grenze näher beleuchten, innerhalb welcher meine Ergebnisse in die bestehenden Ansichten über das Wesen des Rechts eingreifen.

Da meine Untersuchung lediglich den empirischen Begriff des Rechts festzustellen hatte, so war ich, um diesen Begriff recht scharf und klar zur Anschauung zu bringen, genöthigt, alle diejenigen Regungen der Seele möglichst bei Seite zu lassen, welche das Recht beeinflussen, für Entstehung, Erhaltung, Färbung, Gestaltung, Fortbildung des Rechts von Bedeutung sind, obwohl ich weit entfernt davon bin, das Dasein solcher Regungen zu leugnen. Selbst wenn der Übergang von Rechtsgewohnheiten durch Vererbung zugegeben wird, so läßt sich doch die erste, ursprüngliche Entstehung von Gewohnheiten gar nicht anders denken als so, daß anfangs spontane Handlungen häufig wiederholt wurden und dadurch in der Seele eine dauernde associirende Eigenschaft sich bildete. Jene spontanen Handlungen aber gingen nothwendig hervor aus Regungen des Fühlens und Denkens. Auch die Thätigkeit einer bereits bestehenden Rechtsgewohnheit

welches dieſer Beziehung ermangelte, vermöchte die Fortentwickelung zum Höheren, welche im Recht liegt, nicht zu erklären. Die Vernunft gehört zum Göttlichen im Menſchen.

Ich habe dieſe Gedanken, wie geſagt, von meiner Schrift fern gehalten, weil ſie nicht zum Vorwurf im engſten Sinne gehörten.

Königsberg i. Pr. im April 1892.

Der Verfaſſer.

Inhalt.

Seite

Einleitung:

Beweis, daß die Rechtssätze nicht zum Wesen des Rechts gehören . . . 1

Aufgabe und Gang der Untersuchung 5

Erstes Kapitel: Das objektive Recht.

Erster Theil: Das Recht staatlicher Gemeinschaften im reinen Zustande der Übung und Befolgung.

1. Das Gewohnheitsrecht 11

2. Das Gesetzesrecht 27

3. Das anderen Quellen entspringende Recht 40

Zweiter Theil: Das Recht staatlicher Gemeinschaften im Zustande der Verletzung 44

Dritter Theil: Das Recht der vom Staate verschiedenen Gemeinschaften 70

Zweites Kapitel: Die Rechtssätze 74

Drittes Kapitel: Das subjektive Recht 79

welches dieſer Beziehung ermangelte, vermöchte die Fortentwickelung zum Höheren, welche im Recht liegt, nicht zu erklären. Die Vernunft gehört zum Göttlichen im Menſchen.

Ich habe dieſe Gedanken, wie geſagt, von meiner Schrift fern gehalten, weil ſie nicht zum Vorwurf im engſten Sinne gehörten.

Königsberg i. Pr. im April 1892.

Der Verfaſſer.

Inhalt.

Seite

Einleitung:

Beweis, daß die Rechtssätze nicht zum Wesen des Rechts gehören . . . 1

Aufgabe und Gang der Untersuchung 5

Erstes Kapitel: Das objektive Recht.

Erster Theil: Das Recht staatlicher Gemeinschaften im reinen Zustande der Übung und Befolgung.

1. Das Gewohnheitsrecht 11

2. Das Gesetzesrecht 27

3. Das anderen Quellen entspringende Recht 40

Zweiter Theil: Das Recht staatlicher Gemeinschaften im Zustande der Verletzung 44

Dritter Theil: Das Recht der vom Staate verschiedenen Gemeinschaften 70

Zweites Kapitel: Die Rechtssätze 74

Drittes Kapitel: Das subjektive Recht 79

Einleitung.

Das Recht wird in der positiven Rechtswissenschaft[1]) gegenwärtig für einen Inbegriff von Rechtssätzen gehalten. Obwohl über die Natur des Rechts nach verschiedenen Richtungen lebhafter Streit herrscht, so hat doch noch Niemand daran gezweifelt, daß Sätze, Regeln, Normen den grundlegenden Bestandtheil in der Erscheinung des Rechts bilden, daß alle Eigenschaften, die sonst von dem Rechte zu seiner näheren Bestimmung ausgesagt werden müssen, lediglich als Merkmale jener Sätze, Regeln, Normen zu denken sind. Genauerer Prüfung hält diese Anschauung nicht Stand.

Sätze, Regeln, Normen sind Verbindungen von Vorstellungen und als solche nur in der vorstellenden Seele wirklich vorhanden. Regeln bestehen nicht in den Erscheinungen außerhalb der menschlichen Seele. In den Erscheinungen ist nur eine gewisse Gleichförmigkeit, welche der Geist in Form einer Regel erfaßt. Regeln bestehen, wenn sie schriftlich niedergelegt sind, nicht auf dem Papiere. Auf dem Papiere ist nichts weiter als eine Reihe von Strichen und Punkten. Die Regel *war* in der Seele des Individuum, welches die Schriftlegung herbeiführte, sie *wird* in der

1) Lediglich der Rechtsbegriff der positiven Wissenschaft ist Gegenstand dieser Arbeit, der Rechtsbegriff, welchen die positive Rechtswissenschaft bewußt oder unbewußt ihren Untersuchungen zu Grunde legt. Das sogen. Naturrecht, sowie das, was die Philosophen suchen, das Princip, die Idee des Rechts, wird damit von der Berücksichtigung bei dieser Arbeit ausgeschlossen.

Seele aller der Individuen, welche die Zeichen wahrnehmen und, sofern sie deren Bedeutung kennen, das Wahrgenommene zu Vorstellungsverbindungen verarbeiten. Innerhalb der menschlichen Seele endlich besteht die Regel nicht im Gefühl. In dem Gefühl giebt es keine Vorstellungen, daher auch keine Vorstellungsverbindungen. Allerdings spricht man nicht selten von Naturgesetzen, welche den Lauf der Gestirne beherrschten, noch ehe sie entdeckt waren, von Moralgesetzen und Schönheitsregeln, welche der Mensch befolgt, ohne daß er sie kennt, nicht minder auch von Sätzen, welche auf dem Papiere stehen. Allein es ist klar, daß hier ein übertragener Sprachgebrauch vorliegt. Die Worte: Gesetz, Regel, Satz werden nicht nur zur Bezeichnung der Vorstellungsverbindung, sondern auch zur Bezeichnung dessen verwandt, was der Vorstellungsverbindung in der ihr gegenüberstehenden Welt der Erscheinungen entspricht[2]), oder zur Bezeichnung der Buchstabenfolge, mittels welcher die Vorstellungsverbindung in der Seele erweckt wird. Auch die Worte: Rechtssatz, Rechtsregel, Rechtsnorm werden zur Bezeichnung der Buchstabenfolge verwandt oder zur Bezeichnung der Handlungsweise, welche dem Rechtssatze entspricht; letzteres beispielsweise, wenn man von Rechtssätzen handelt, welche unerkannt dagewesen seien. Unter dem Rechtssatz als Bestandtheil des Rechtsbegriffs wird lediglich die Vorstellungsverbindung verstanden. Die Rechtssätze als Bestandtheil des Rechtsbegriffs haben also nur in der Vorstellung einer menschlichen Seele Realität, genauer: nur in der Vorstellung derjenigen Individuen, deren Zusammenleben von den Rechtssätzen beherrscht wird. Einen von den Gemeinschaftsgenossen verschiedenen Geist als Träger der Rechtssätze anzunehmen, ist für die positive Rechtswissenschaft ohne Werth.

---

2) Vgl. Wallaschek, Recht und Moral, 1888, S. 15 f.: „Das was zur Norm erhoben wird, kann allerdings auch existiren ohne unser Bewußtsein, aber Norm selbst wird es erst durch das Bewußtsein“, ... Man darf sich hier nicht durch die Analogie mit dem Naturgesetz beirren lassen, bei dem man leicht verleitet sein könnte, zu glauben, es bestünde auch ohne unser Bewußtsein. Aber hier ist Gesetz nur eine nicht ganz korrekte Übertragung dieses Wortes auf die Naturthatsächlichkeit. Die Thatsächlichkeit besteht freilich auch außer uns, aber als Gesetz funktionirt sie nur in unserem Bewußtsein.

Ich trete Beweis dafür an, daß zwischen den Rechtssätzen, wie sie thatsächlich in der Vorstellung der in Rechtsgemeinschaft lebenden Individuen bestehen oder bestanden haben, und dem Recht nicht unbedingte Übereinstimmung obwaltet.

Es ist bekannt, daß die Rechtssätze in ihrer richtigen Gestalt sich gegenseitig bedingen und voraussetzen. Nur wenn die Rechtssätze in ihrem Zusammenhange unter einander gewußt und vorgestellt werden, entsprechen sie dem wahren Rechte[3]). Die Vorstellung der Rechtssätze in richtiger Gestalt, in ihrem Zusammenhange unter einander, ist nur in einer Seele möglich. Vertheilt sich das Wissen der einzelnen Theile des Rechtssystems, der durch den inneren Zusammenhang der Rechtssätze gebildeten großen Einheit, auf mehrere Individuen, so ist der in jedem einzelnen Individuum vorhandene Vorstellungsinhalt an der Stelle, wo die nicht gewußten Rechtssätze eingreifen sollten, unrichtig, unklar. Der Satz z. B., daß fremdes Eigenthum nicht verletzt werden darf, wäre zu weit und deshalb unrichtig, wenn das vorstellende Individuum nicht auch genaue Kenntnis von den Voraussetzungen hätte, unter welchen fremdes Eigenthum doch verletzt werden darf, d. i. von den Voraussetzungen der Exekution, der erlaubten Selbsthilfe, des Krieges; der Satz wäre bei dem Begriffe Eigenthum unklar, wenn das vorstellende Individuum nicht auch genaue Kenntnis von den Voraussetzungen hätte, unter welchen Eigenthum rechtens ist, bis hinauf zu den allgemeinen Grundsätzen der Rechts- und Handlungsfähigkeit. Jedenfalls würde der Vorstellungsinhalt in keinem der mehreren Individuen unbedingte Übereinstimmung mit dem wahren Rechte aufweisen. Nun wissen

---

3) Deshalb läßt Savigny System I, S. 16 das Recht gar nicht in Form einzelner Rechtssätze, sondern in Gestalt jener großen Einheit, welche durch den inneren Zusammenhang aller Rechtssätze gebildet wird, im Bewußtsein des Volkes leben. Der einzelne Rechtssatz wird nach S. erst durch einen künstlichen Proceß aus der Totalanschauung jener Einheit gebildet, wenn das Bedürfnis da ist, sich des Rechtssatzes bewußt zu werden. Überhaupt wird von S. und Puchta besonders häufig darauf hingewiesen, daß die Rechtssätze erst in ihrem Zusammenhange unter einander das Recht richtig wiedergeben. Savigny, System, Band I, S. XXXVII, 10, 41, 214, 390. Vom Beruf unserer Zeit u. s. w., 3. Aufl., 1840, S. 48. Puchta, vornehmlich Kursus der Institutionen. 9. Aufl., 1881, Band I, S. 57.

wir, daß die umfassende Kenntnis der Rechtssätze sich frühe aus der breiten Masse des Volkes zurückzog und Eigenthümlichkeit weniger Rechtskundiger wurde. Es verschwand nicht allein die Kenntnis eines beträchtlichen Theiles der Rechtssätze im Volke überhaupt, sondern es schied sich auch die Kenntnis dieses noch vorhandenen Theiles nach Ständen und Berufskreisen. Mithin sind die Rechtssätze in der breiten Masse des Volkes von den frühesten Zeiten an nicht in der Gestalt vorhanden gewesen, in welcher sie das bestehende Recht tadellos hätten wiedergeben können. Unbedingte Übereinstimmung der Rechtssätze mit dem wahren Rechte wäre höchstens noch bei den Rechtskundigen zu suchen. Allein jene Vorstellung und Kenntnis der Rechtssätze in ihrem Zusammenhange, wie sie dem wahren Rechte entspricht, ist bis jetzt gerade das Ziel der dogmatischen Rechtswissenschaft gewesen; ihre Arbeit ist gerade darauf gerichtet, den wahren Zusammenhang der Rechtssätze an das Tageslicht zu schaffen[4]). Wären die Rechtssätze in ihrem wahren Zusammenhange in der Vorstellung der Rechtskundigen vorhanden, so wäre das ideale Ziel der dogmatischen Rechtswissenschaft erreicht, ihre Arbeit beendet. Da man noch immer Arbeit vollauf findet, um die Kenntnis des Zusammenhanges der Rechtssätze zu vertiefen, so folgt daraus, daß der wahre Zusammenhang der Rechtssätze noch nicht vollkommen erkannt ist. Unbedingte[5]) Übereinstimmung der Rechtssätze mit dem wahren Rechte ist weder in der Masse des Volkes noch bei den Rechtskundigen, also nirgends zu finden.

Eine Bestätigung dieses Ergebnisses finde ich bei Ihering. Ihering scheidet Rechtssätze, welche erkannt, und Rechtssätze, welche

---

4) Savigny, Vom Beruf u. s. w., 3. Aufl. 1840, S. 22, bezeichnet dies als das wissenschaftliche Ziel der Jurisprudenz zugleich als ihre schwerste Aufgabe.

5) Nur die unbedingte Übereinstimmung der Rechtssätze mit dem Rechte wird geleugnet; es wird geleugnet, daß die Rechtssätze überall und zu allen Zeiten mit dem Rechte identisch gewesen sind. Bei einzelnen Völkern und in einzelnen Zeiträumen mag sich das gegenwärtige Ideal der dogmatischen Rechtswissenschaft verwirklicht haben, z. B. in den klassischen Zeiten der römischen Jurisprudenz.

nicht erkannt, „latent" sind. Ihering legt ausführlich dar, wie die erkannten Rechtssätze niemals mit dem wirklichen Rechte übereinstimmen, weil die Erkenntnis stets, selbst bei hoher Reife der Wissenschaft, der Wirklichkeit nachhinkt[6]). Nicht erkannte Rechtssätze als Vorstellungsverbindungen giebt es nicht. Wollte ich fragen, wo die Rechtssätze als Vorstellungsverbindungen bestehen sollen, ehe sie erkannt und damit in der Vorstellung eines menschlichen Individuum aufgetaucht sind, so würde Niemand im Stande sein, mir zu antworten. Die „latenten" Rechtssätze sind also als Vorstellungsverbindungen in der Darlegung Ihering's zu streichen. Alsdann steht in dieser Darlegung ebenfalls, daß die Rechtssätze als Vorstellungsverbindungen, als Bestandtheil des Rechtsbegriffes, niemals mit dem Recht identisch sind.

Die mangelnde Identität zwischen Recht und Rechtssätzen beweist, daß die Rechtssätze nicht zum Wesen des Rechts gehören. Denn es ist logisch unmöglich, daß zwischen dem wesentlichen Bestandtheil einer Erscheinung und der Erscheinung selbst auch nur die geringste Differenz obwalte, welche das vollständige Hineinfallen des Bestandtheils in die Erscheinung verhindert.

Mit den Rechtssätzen scheidet von der Begriffsbestimmung, welche die herrschende Lehre dem Rechte als Gegenstand der positiven Wissenschaft giebt, gerade der grundlegende Bestandtheil aus. Daher heischt nunmehr die Frage, worin denn sonst der Gegenstand der positiven Rechtswissenschaft bestehe, gebieterisch Beantwortung. Den schlichten empirischen Begriff des positiven Rechtes zu finden, das ist die Aufgabe, welche sonst vielleicht trivial erscheinen möchte, die aber jetzt, nachdem der übliche Begriff seinen Boden verloren hat, sich vollauf rechtfertigt. Der Lösung dieser Aufgabe ist die vorliegende Untersuchung gewidmet.

Zur Grundlage meiner Untersuchung mache ich das Postulat der Positivität des Rechts, die Voraussetzung, daß das Recht eine dem

---

6) Ihering, Geist des römischen Rechts, 4. Auflage, Band I, 1878, S. 28 ff.

erkennenden Verstande gegenüberstehende Erscheinung im Zusammenleben der Menschen ist, die „in jedem gegebenen Zustande, in welchem sie gesucht wird, als ein Gegebenes schon wirkliches Dasein hat“[7]). Diese Voraussetzung bedingt bereits die Methode der vorliegenden Untersuchung. Es giebt nur eine exakte Methode, um Erscheinungen kennen zu lernen und zu begreifen: die Beobachtung. Das Wesen dieser Methode besteht, wie Bekker[8]) ausführt, weniger darin, „daß überhaupt Beobachtungen, Wahrnehmungen, Erfahrungen oder wie man sonst sagen will als Basis der wissenschaftlichen Forschung angenommen werden, als in der Negative der Verleugnung und Zurückweisung aller Aufstellungen, die nicht vollständig von den Beobachtungen getragen werden.“ Wenn sich also ein angebliches Merkmal des Rechtsbegriffs durch Beobachtung und geschichtliche Erfahrung an der Erscheinung des Rechts entweder überhaupt nicht oder wenigstens nicht als überall wiederkehrender Bestandtheil wahrnehmen lassen sollte, so wird diesem Merkmal die Aufnahme in den Begriff des Rechts verweigert werden. An ausdrücklichen Aussprüchen über den Begriff des Rechts, welche sich in Gesetzen etwa finden sollten, habe ich bei meiner Untersuchung keine Stütze. Denn es wäre ein Fehler, in den Begriff des Rechts irgend etwas aufzunehmen, was dem Konkreten, Wechselnden in der Erscheinung des Rechts angehört, und zu dem Konkreten, Wechselnden gehört der jedesmalige Inhalt der rechtlichen Bestimmung. Ausdrückliche gesetzliche Bestimmungen über den Rechtsbegriff haben für die vorliegende Untersuchung keinen größeren Werth wie jede andere theoretische Meinung.

Diese Methode bewegt sich in zwei Richtungen, welche man den Untersuchungen von Puchta und Savigny über die Entstehung des Rechts als Fehler angerechnet hat. Die Begründer der historischen Schule schöpften ihre Ansichten über die Rechtsbildung aus

---

7) Savigny, System I, S. 14. Geleugnet wird diese Positivität des Rechts in neuerer Zeit von Adickes, Zur Lehre von den Rechtsquellen, 1872, und von Schloßmann, Der Vertrag, 1876.

8) Kritische Vierteljahrsschrift, Band XX, 1878, S. 330.

der geschichtlichen Erfahrung und ohne an positiven rechtlichen Bestimmungen einen Anhalt zu suchen. Gegen ersteres wendet sich Stammler[9]) mit der Bemerkung, es sei unmöglich, auf Grund empirischer Thatsachen „unwandelbare" Gesetze der Rechtsbildung aufzustellen, weil immer das Bedenken offen bleibe, ob nicht vielleicht in Zukunft noch einmal eine von den berücksichtigten abweichende Thatsache eine Rechtsentstehung wirken könne. Auf Savigny's und Puchta's Verleugnung aller ausdrücklichen Quellenaussprüche will Meier[10]) sogar den Vorwurf gründen, Savigny und Puchta hätten sich jedes Korrektivs in der Betrachtung der thatsächlichen Verhältnisse beraubt, sie seien von dem Boden der Wirklichkeit hinweg in das „Reich der Phantasien und Träume", auf das Gebiet der „Konstruktion" gerathen und nur von „geistreichen Gott weiß woher entnommenen Voraussetzungen" aus zu ihrer Theorie gelangt. Ich bin genöthigt auf diese Einwendungen einzugehen, da dieselben die hier in Aussicht genommene Methode ebenfalls treffen. Beide Einwendungen sind verfehlt. Stammler hätte erst noch zu beweisen, daß die Begründer der historischen Schule wirklich die Absicht gehabt haben, „unwandelbare" Gesetze der Rechtsbildung aufzustellen. Es thut der von Savigny und Puchta entwickelten Lehre nicht den geringsten Abbruch, wenn man zugiebt, daß ihre Regeln der Rechtsbildung flüssig sind wie alles in der Welt und in der Zukunft, im Laufe der Äonen sich ändern können. Wird doch, wenn die Erde und das Menschengeschlecht verschwunden ist, überhaupt kein Recht mehr da sein, und also jede Regel der Rechtsbildung ihre Geltung verloren haben. Eine gewisse relative Dauer der Regeln, die auf geschichtliche Thatsachen gebaut sind, ist gerade dieser Grundlage wegen immer gegeben. Haben die Thatsachen in der Vergangenheit Jahrtausende hindurch einem bestimmten Gesetz entsprochen, sich also Jahrtausende hindurch in ihrem Auftreten nicht merklich geändert, so ist die

---

9) Über die Methode der geschichtlichen Rechtstheorie, in der Festgabe zu Windscheid's Doktorjubiläum 1888, S. 54 f.

10) Die Rechtsbildung in Staat und Kirche, 1861, S. 9 f. Ähnlich Lüders, Das Gewohnheitsrecht auf dem Gebiete der Verwaltung, 1863, Seite 23.

letzteren der Vorrang, weil dasselbe anerkanntermaßen gerade in den einfachsten und ältesten Kulturperioden die überwiegende Masse des Rechts ausmacht[14]), daher jedenfalls auch eine einfachere Natur hat als das Gesetz.

---

lichen Merkmale des Rechts zu bestimmen, zur Grundlage der Abstraktion machen muß.

14) Dies wird wohl auch von Reinhold Schmid, Theorie und Methodik des bürgerlichen Rechts, 1848, S. 242 f. und von Ernst Meier, Die Rechtsbildung in Staat und Kirche, 1861, S. 39, nicht bestritten, obgleich Sch. behauptet, daß ein großer Theil jener ältesten germanischen Rechtserscheinungen, deren Quelle für uns in Dunkel gehüllt ist, sicher ursprünglich durch Gesetz eingeführt und erst später in Gewohnheitsrecht übergegangen sei, und obgleich M. sich manche Normen, die in der ältesten Zeit des deutschen Volkes in Geltung waren, in ihrer Entstehung gar nicht anders denken kann, als daß eine ausdrückliche Formgebung dabei stattgefunden hätte. Arnold, Kultur und Rechtsleben, 1865, S. 373 f., behauptet ebenfalls die Möglichkeit, daß, was uns in den ältesten Zeiten der Völker als Gewohnheitsrecht entgegentritt, ursprünglich mündliche gesetzliche Vorschrift gewesen sei, fügt aber ausdrücklich hinzu, daß solche Festsetzungen in der ältesten Zeit immer nur einen verschwindend kleinen Theil des Rechts gebildet haben.

Erstes Kapitel.

Das objektive Recht.

Erster Theil.

Das Recht staatlicher Gemeinschaften im reinen Zustande der Übung und Befolgung.

1. Das Gewohnheitsrecht.

Als Erfordernisse des Gewohnheitsrechts werden abgesehen von dem Rechtssatze die

opinio necessitatis,

Abwesenheit von Irrthum,

Übung der Gemeinschaftsgenossen[1],

Gleichförmigkeit und Dauer der Übungshandlungen[2],

Rationabilität,

Genehmigung des Gesetzgebers

---

1) Nach Schein, Unsere Rechtsphilosophie und Jurisprudenz, 1889, äußert sich das Gewohnheitsrecht nicht in der Übung der Einzelnen, sondern in der Übung des Staates (S. 57), d. h. in der Übung aller Personen und Körperschaften, in deren Händen die öffentliche Gewalt ruht (S. 6). — Dieses Ergebnis ruht völlig auf der Definition, welche Sch. von dem Recht giebt: „Recht ist der Inbegriff der Regeln des staatlichen Handelns", und diese Definition soll nach Sch.'s eigener Erklärung nur eine besonders wichtige Seite des Rechts herausheben, auf welche Sch. das größte Gewicht legt (S. 4, 5.). Mithin hat Sch. nicht die Befugnis, die aus dieser Definition abgeleitete Eigenschaft des Gewohnheitsrechts als eine ausschließliche zu behandeln.

2) Es wird wohl nirgends mehr behauptet, daß die dauernde Gleichförmigkeit der Übungshandlungen niemals unterbrochen werden dürfe. Schon der rechtliche Zwang, welcher doch nicht als unzulässig für das Gewohnheitsrecht angesehen werden kann, setzt eine Verletzung des Gewohnheitsrechts, d. h. eine vereinzelte Unterbrechung der Übung voraus.

aufgezählt[3]). Zur Übung gehört nicht nur die äußerlich sichtbare Thätigkeit des Körpers, sondern auch der diese Thätigkeit hervorrufende Vorgang in der Seele, also auch die opinio necessitatis und die Abwesenheit von Irrthum, mit welchen Erfordernissen der psychische Vorgang nur näher bestimmt wird. Die Gleichförmigkeit und Dauer bestimmen die äußere Erscheinung der Übung. Die Rationabilität bedeutet eine Eigenschaft des Gewohnheitsrechtes im Ganzen. Die Genehmigung des Gesetzgebers wird nur als zu den sonstigen Erfordernissen des Gewohnheitsrechtes hinzutretend gedacht. Die Übung ist sonach die einzige selbständige Erscheinung unter den aufgeführten Merkmalen des Gewohnheitsrechtes. Weitere begriffliche Merkmale des Gewohnheitsrechtes, welche eine selbständige Erscheinung in demselben bilden, sind nach Ausscheidung des Rechtssatzes nicht erfindlich. Ich muß infolge dieser Ausscheidung, um das Gewohnheitsrecht nicht in ein Nichts zerfallen zu lassen, zunächst behaupten, daß die Übung wesentliches Merkmal des Gewohnheitsrechtes ist, seine Erscheinung überall begleitet. Diese Behauptung entspricht der herrschenden Lehre, welche die Übung entweder zu den Entstehungsursachen oder zu den begrifflichen Erfordernissen oder wenigstens zu den unausbleiblichen Wirkungen des Gewohnheitsrechtes rechnet. Wenn einzelne Schriftsteller[4]) das Wesen des Gewohnheitsrechtes gänzlich in die innere Überzeugung verlegen und deshalb meinen, es sei Gewohnheitsrecht auch ohne Übung möglich, so beruht diese Ansicht lediglich auf deduktiver Folgerung aus ihrer Theorie, nicht auf induktiver Beobachtung von Thatsachen. Es ist deshalb nicht erforderlich, daß eine von anderer Grundlage ausgehende Theorie noch einen besonderen Gegenbeweis gegen die Folgerung liefert.

3) Die sogen. Publicität wird heute nicht mehr als Erfordernis des Gewohnheitsrechtes aufgestellt.

4) Thöl, Einleitung in das deutsche Privatrecht, 1851, S. 134, Note 3, will ungeübtes Gewohnheisrecht als seltenen Ausnahmefall zulassen. Stobbe, Handbuch des deutschen Privatrechts, 2. Aufl. 1882, S. 150, meint, ein nicht zur Anwendung gekommenes Gewohnheitsrecht könne „kaum" gedacht werden. Dahn, Rechtsphilosophische Studien, 1883, S. 238, erklärt die gemeinsame Rechtsüberzeugung schon vor ihrer Bethätigung in dem Sinne für „inneres theoretisches" Recht, als Schöffen, Geschworene, Richter nach dieser Überzeugung unter Umständen entscheiden sollen. Nach Schuppe, Das Gewohnheitsrecht, 1890, S. 148, will das Recht als solches begründet sein, noch ehe die entsprechende Handlung Gewohnheit geworden ist.

Man hat die gewohnheitsrechtliche Übung seit jeher einer Gewohnheit der übenden Gemeinschaftsglieder gleich geachtet. Um Sicherheit über die Richtigkeit dieser Anschauung zu gewinnen, untersuche ich zunächst das Wesen der Gewohnheit und prüfe dann, ob die Merkmale, welche sich an der gewohnheitsrechtlichen Übung beobachten lassen, mit den Merkmalen der Gewohnheit übereinstimmen.

Äußerlich kennzeichnet sich die Gewohnheit als eine Reihe gleichförmiger Handlungen, welche bei bestimmten, sich gleichbleibenden Gelegenheiten wiederkehren. In dieser Reihe gleichförmiger Handlungen besteht das Wesen der Gewohnheit nicht. Denn ihr Dasein wird nicht aufgehoben, wenn die Handlung bei Eintritt der Gelegenheit bisweilen ausbleibt. Das Wesen der Gewohnheit muß in den psychischen Vorgängen gesucht werden, welche die äußere Handlung erzeugen.

Bei dem spontanen Handeln geht dem die äußere Handlung unmittelbar erzeugenden psychischen Antrieb eine Bewegung im Gefühl, die Vorstellung von einer gewissen Gestaltung der Außenwelt und eine Bewegung im Denken, durch welche die dem Gefühl und der Gestaltung der Außenwelt jeweils entsprechende Art der Handlung gefunden wird, — nicht gerade in der hier gewählten Reihenfolge — voraus. Bei dem gewohnheitsmäßigen Handeln ist der Vorgang im Denken fortgefallen und an dessen Stelle eine Association zwischen der Vorstellung von der Außenwelt und dem unmittelbaren Antrieb der Seele zur Handlung getreten. Die Seele hat eine dauernde Eigenschaft angenommen, vermöge deren sie ohne Weiteres den Antrieb zur Handlung, der Gewohnheitshandlung, giebt, wenn die Vorstellung der Thatsachen, welche die Gelegenheit der Gewohnheit ausmachen, durch Wahrnehmung in ihr entsteht. Die Bewegung im Gefühle kann daneben bestehen bleiben. Die Bewegung im Gefühle ist beispielsweise vorhanden, wenn die Bewohner Deutschlands alljährlich ihren Weihnachtsbaum anzünden. Dieses Anzünden ist an sich gewohnheitsmäßig, es wird vorgenommen, ohne daß im entferntesten ein Nachdenken über seine Angemessenheit oder Zweckmäßigkeit stattfände. Dennoch wird das Anzünden von einem deutlichen Triebe begleitet, welcher auf die Vornahme dieser Handlung hindrängt. Die Bewegung im Gefühl kann indessen auch fehlen. Wenn die Bewohner einer Gegend

gewöhnt sind, zu gewissen Tageszeiten Mahlzeiten gewisser Art einzunehmen, so thun sie dies, ohne irgend ein Bedürfnis nach den Speisen gerade der üblichen Art, ja ohne ein Bedürfnis nach Speise überhaupt zu empfinden, bisweilen, selbst wenn sie Widerwillen gegen die Speise der üblichen Art oder gegen Speise überhaupt fühlen. Die Bewegung im Gefühl ist also kein der Gewohnheit wesentliches Merkmal. Als wesentliches Merkmal bleibt allein die dauernde Eigenschaft der Seele übrig, welche die Vorstellung der Gewohnheitsgelegenheit mit dem Antriebe zur Gewohnheitshandlung verknüpft[5] [6].

5) Den Psychologen ist die Gewohnheit als eine Art jener räthselhaften Bildungen der Seele oder des Gehirns, durch welche die mannigfaltigsten Regungen der Seele einander associirt werden, bekannt. Auf die nähere Natur und Beschaffenheit dieser associirenden Bildungen kommt es für die Zwecke der vorliegenden Untersuchung nicht an. — In der Jurisprudenz, namentlich in den Lehrbüchern, erscheint die Gewohnheit überwiegend ganz äußerlich als eine Reihe gleichförmiger Handlungen. Einen mehr oder weniger deutlichen Hinweis auf die Association, welche das Wesen der Gewohnheit ausmacht, finde ich bei: Klötzer, Versuch eines Beitrages zur Revision der Theorie vom Gewohnheitsrechte, 1813, S. 11: Die Gewohnheit besteht „in der durch die wiederholte Verbindung einer Handlung mit bestimmten Bedingungen der Willkür eigen gewordenen Maxime der Verbindung jener Handlung mit diesen Bedingungen," — Puchta, Das Gewohnheitsrecht, Bd. I, 1828, S. 167: „Sitte und Gewohnheit kommen darin mit einander überein, daß durch diese Prädikate der Charakter einer Handlung ausgedrückt wird, wonach sie wegen einer ihr zu Grunde liegenden und zwar inneren und stillschweigenden Bestimmung des Willens unter gleichen Umständen wiederkehren werde," — Reinhold Schmid, Theorie und Methodik des bürgerlichen Rechts, 1848, welcher S. 181 geradezu die „unwillkürlichen Ideenassociationen" nennt, — Sturm, Der Kampf des Gesetzes mit der Rechtsgewohnheit, 1877, S. 13: „Das Wesen der Gewohnheit ist innere Nothwendigkeit", wer gewohnheitsmäßig einem Bettler Almosen giebt, der handelt „von innerer Nothwendigkeit getrieben", — Schuppe, Das Gewohnheitsrecht, 1890, welcher die Gewohnheit S. 75 der vorzugsweisen Ausbildung gewisser Hirnfasern gleichstellt, — Bruns, in Holtzendorff's Encyklopädie 5. Aufl., 1890, S. 437: „Man handelt . . . von einer inneren Nothwendigkeit gezogen", „Innere Nothwendigkeit ist das Wesen der Gewohnheit", — Zeudhöfer, Das subjektive Recht u. s. w., 1891, S. 1: „Prädisposition zu einem in bestimmter Richtung vorzunehmenden Handeln, welche man Gewohnheit nennt."

6) Die Worte Brauch und Gewohnheit beziehen sich beide auf das Bestehen einer verknüpfenden Eigenschaft der Seele, welche die Wahrnehmung einer bestimmten Gelegenheit mit einer bestimmten Handlung associirt. Die besondere Bedeutung des Wortes Gewohnheit trifft zu, wenn eine solche Ver-

Eine dauernde Association kann nur zwischen zwei sich gleichbleibenden psychischen Vorgängen entstehen. Mithin kann der Antrieb zur Gewohnheitshandlung sich nicht mit der gesammten Vorstellung der konkreten Thatsachen verbinden, welche jedesmal die Gelegenheit der Gewohnheit bilden. Denn die konkrete Erscheinung der Gelegenheit ist jedesmal eine andere, desgleichen also auch die dieser entsprechende Vorstellung. Die Verknüpfung kann sich nur an die von den einzelnen konkreten Gelegenheiten abziehbaren Merkmale heften, welche sich jedesmal gleichbleiben und jedesmal mit der Wahrnehmung der gesammten konkreten Gelegenheit in die Seele eingehen. Bei dem Brauch, am 24. December den Weihnachtsbaum anzuzünden, wirkt nicht der konkrete Tag; dieser ist in der fortlaufenden Zeit bei dem jedesmaligen Eintritt des Festes durchaus ein anderer. Es wirkt das von jedem einzelnen Tage des Heiligen Abendes abziehbare Merkmal, daß derselbe in gewissen Abschnitten der fortlaufenden Zeit, den Jahren, eine bestimmte gleichbleibende Stelle einnimmt. Die Vorstellung dieses Merkmales ist der Seele mit der kalendermäßigen Bezeichnung des Tages 24. December ohne weiteres gegeben. Das, woran die verknüpfende Eigenschaft der Seele sich anheftet, nenne ich den Anlaß der Gewohnheit. Ich verstehe also unter Anlaß jene gleich bleibenden Merkmale, welche sich von den konkreten Vorstellungsmassen, die der jedesmaligen Gewohnheitsgelegenheit entsprechen, abziehen lassen. Ich verstehe unter Anlaß nicht die konkreten Bestandtheile dieser Vorstellungsmassen und ganz und gar nicht die Gestaltung der Außenwelt, welche die bis zur Wahrnehmung und Vorstellung für die Seele völlig gleichgültige Gelegenheit der Gewohnheit bildet.

---

knüpfung allein und für sich besteht, und der Erregungszustand der Verknüpfung von Bewegungen des Gefühls nicht begleitet wird. Das Wort Brauch ist der vollere Ausdruck. Sein Anwendungsgebiet umfaßt nicht nur die Bedeutung des Wortes Gewohnheit, sondern auch die Fälle, in welchen eine Bewegung im Gefühl die Bewegung der Gewohnheit begleitet. Man spricht von einem Brauch, Sonntags in die Kirche zu gehen, den Landesfürsten mit Zuruf zu begrüßen, zu Weihnachten den Christbaum anzuzünden. Die Anwendung des Wortes Gewohnheit würde hier sofort die misfällige Nebenbedeutung einschließen, daß die zur Thätigkeit hindrängende Bewegung im Gefühl, welche vorhanden sein sollte, fehlt. — Weil Gewohnheit gerade der reine Ausdruck für die Verknüpfung ist, auf welche es hier ankommt, so wird im Folgenden dieses Wort zur Bezeichnung der Verknüpfung verwandt.

Nunmehr erklärt sich die bei der äußeren Erscheinung der Gewohnheit gemachte Wahrnehmung, daß das Ausbleiben der Gewohnheitshandlung im einzelnen Fall das Bestehen der Gewohnheit nicht berührt. Wo die verknüpfende Eigenschaft der Seele vorhanden ist, da muß dieselbe naturgemäß eine Reihe gleichförmiger Handlungen in das Leben rufen, welche die Reihe der einzelnen Gewohnheitsgelegenheiten begleitet. Im einzelnen Falle kann jedoch der Antrieb zur Gewohnheitshandlung, welchen die Seele vermöge ihrer verknüpfenden Eigenschaft giebt, durch einen entgegengesetzten Willen unterdrückt werden, noch ehe es zur äußeren Handlung kommt, der Antrieb zur Gewohnheitshandlung kann sogar infolge anderer widriger Einflüsse, Krankheit u. dergl., gänzlich unterbleiben, beides, ohne daß die verknüpfende Eigenschaft der Seele an sich aufgehoben wird. Dann fehlt es zwar an der Gewohnheitshandlung, aber nicht an der Gewohnheit selbst, weil ihr Wesen, die verknüpfende Eigenschaft der Seele, bestehen bleibt. Bei der nächsten Gelegenheit der Gewohnheit wird der Antrieb zur Gewohnheitshandlung nach wie vor gegeben werden.

Die Gewohnheiten mit negativer Handlung setzen den psychischen Antrieb zu einem positiven, äußerlich sichtbaren Thun voraus. Vermöge der Gewohnheit wird von der Seele ein entgegengesetzt wirkender Antrieb ausgelöst, welcher die Vollendung jenes ersten Antriebes zum äußerlich sichtbaren Thun hemmt und unterdrückt. Die negativen Gewohnheiten unterscheiden sich also von den positiven dadurch, daß die Handlung der letzteren in einem äußerlich sichtbaren Thun, die Handlung der ersteren dagegen lediglich in der Unterdrückung des Antriebes zu einem äußerlich sichtbaren Thun besteht und deshalb in der Seele stecken bleibt[7]).

Dies ist die Gewohnheit mit ihren hauptsächlichsten Eigenschaften. Ist nun die Übung des Gewohnheitsrechts ebenfalls nichts anderes als eine Gewohnheit?

Die Erfordernisse, welche man für die äußere Erscheinung der Übung aufstellt, längere Dauer und Gleichförmigkeit, entsprechen genau der äußeren Wirkung, welche eine Gewohnheit, eine ver-

---

7) Diese Bemerkungen über negative Gewohnheiten beruhen auf den Ausführungen von Zitelmann, Irrthum und Rechtsgeschäft, 1879, S. 61, über die negative Handlung.

knüpfende Eigenschaft der Seele, haben muß, wenn sie in den Gliedern einer menschlichen Gemeinschaft besteht.

Bei dem inneren Vorgang der Übung muß irgend ein dauernd in der Seele bestehendes Moment wirksam werden, welches der Seele in jedem Anwendungsfalle der Übung die gleichbleibende Gestalt der Übungshandlung bestimmt angiebt. Ohne ein solches Moment wäre die Regelmäßigkeit, mit welcher die Übungshandlung bei den Anwendungsfällen der Übung eintritt, und die dauernde Gleichförmigkeit der Übungshandlungen gar nicht zu erklären. Die herrschende Lehre sieht das hinweisende Moment in dem Rechtssatze, welcher in der Seele der Übenden leben und bei jedem Anwendungsfalle der Übung die gleichförmige Handlungsweise vorschreiben soll. Allein es hat gewohnheitsrechtliche Übung gegeben, ohne daß der entsprechende Rechtssatz in der Seele der Übenden vorhanden war. Im Verlaufe der fortschreitenden Kultur verlor sich zwar die Kenntnis zahlreicher gewohnheitsrechtlicher Sätze aus der breiten Masse des Volkes, nicht aber auch ihre Übung. Die Individuen des Volkes übten das Gewohnheitsrecht weiter, auch nachdem die Kenntnis desselben ihnen verloren gegangen war[8]). Dies beweist gegen die herrschende Lehre. Überdies würde der Rechtssatz, wenn ihm die Stelle des gesuchten hinweisenden Momentes gegeben werden sollte, damit sofort unter die wesentlichen Bestandtheile des Gewohnheitsrechtes eintreten, während der Rechtssatz wie wir sahen aus dem Wesen des Rechtes auszuscheiden ist. Gefühle, etwa der Nothwendigkeit, Vernunftnothwendigkeit, Werthschätzung, sind allein und für sich nicht geeignet, das hinweisende Moment zu bilden. Gefühle geben der Seele nur die Anregung zur Handlung, bezeichnen ihr aber noch nicht die Gestalt derselben. Alsdann bleibt in der That nichts anderes übrig, als das gesuchte Moment in eine Association, in eine dauernde Eigenschaft der Seele zu verlegen, welche bei der Wahrnehmung des Anwendungsfalles der Übung den Antrieb zu der bestimmten gleich bleibenden Übungshandlung auslöst; mit

8) Savigny, System I, S. 182, scheidet innerhalb des Volkes, in welchem das Gewohnheitsrecht besteht, die Wissenden oder Kundigen von denjenigen, „die an dem gemeinsamen Rechtsbewußtsein nicht wirklichen Antheil nehmen, deren Rechtsverhältnisse aber nicht minder unter dem Gewohnheitsrechte stehen", folgerecht also auch im regelmäßigen Verlauf der Dinge dem Gewohnheitsrechte gemäß sich gestalten.

anderen Worten, es bleibt nichts übrig, als das Handeln bei der gewohnheitsrechtlichen Übung dem gewohnheitsmäßigen Handeln gleich zu stellen. Daß dies richtig ist, lehrt auch die Beobachtung des Lebens. Die Natur des Gewohnheitsrechtes im Verlaufe seiner Übung muß am deutlichsten da hervortreten, wo das Recht selbst kräftig entwickelt, in die Seelen der Gemeinschaftsglieder tief eingewurzelt ist und die Übung vollkommen ungetrübt vor sich geht. Tief eingewurzelt sind ohne Frage jene Rechtsbildungen des täglichen Lebens, welche sich auch für unsere Zeit lediglich als fortdauerndes uraltes Gewohnheitsrecht darstellen. Man nenne mir nun solches Recht, bei dessen Übung zwischen der Wahrnehmung des Anwendungsfalles und dem Antrieb zur Übungshandlung irgend ein Vorgang im Vorstellen und Denken hervortritt! Die Hausfrau, wenn sie ihre Einkäufe auf dem Markte bezahlt, der Kaufmann, wenn er seinen Geschäftsverbindlichkeiten nachkommt, der Handwerker, wenn er die übernommenen Arbeiten ausführt und abliefert, der Landmann, wenn er den Pflug an dem Grenzrain des Nachbars aushebt und umwendet: sie alle werden in dem tausendfältig sich abspielenden gewöhnlichen Verlauf der Dinge nicht im entferntesten erst durch die Vorstellung eines Rechtssatzes oder irgend eine Überlegung geleitet; sie führen diese Handlungen rein gewohnheitsmäßig aus, genau so wie alle übrigen gewohnheitsmäßigen Handlungen des täglichen Lebens. Und doch bedeuten die beschriebenen Handlungen die Übung alten Gewohnheitsrechtes, welches seine Erscheinung im Leben zweifellos auch in der gegenwärtigen Zeit nicht geändert hat, obwohl es heute vom Gesetzgeber berücksichtigt und in die Gesetzbücher aufgenommen ist. In den Fällen, in welchen die Seele schwankt, ob sie auf dem Boden des Rechts verbleiben oder das Recht verletzen soll, da mögen allerdings erst Vorstellungen von Rechtssätzen und Vorgänge im Denken die Individuen veranlassen, das erstere zu wählen. Solche Fälle aber neigen sich bereits zu der Verletzung des Rechts hin, sie entsprechen einem ungetrübten Verlaufe der gewohnheitsrechtlichen Übung nicht und sind nicht verwendbar, um wesentliche Merkmale des Gewohnheitsrechtes im reinen Zustande der Übung von ihnen abzuziehen[9]).

9) Vgl. Ihering in der Note 31, S. 43 angeführten Stelle.

Eine Gewohnheit, eine verknüpfende Eigenschaft der Seele ist also allerdings der Kern der gewohnheitsrechtlichen Übung. Die einzelnen Übungshandlungen mit ihrer dauernden Gleichförmigkeit beruhen auf dem Bestehen einer entsprechenden Gewohnheit. Es fragt sich, ob nicht die übrigen von der herrschenden Lehre aufgezählten Erfordernisse des Gewohnheitsrechtes: die opinio necessitatis, die Abwesenheit von Irrthum, die Rationabilität und die Genehmigung des Gesetzgebers, diesem Kerne hinzutreten.

Bei der Gewohnheit erfolgt der Antrieb zur Handlung unmittelbar auf den Anlaß, die durch Wahrnehmung erzeugte Vorstellung des Anwendungsfalles der Gewohnheit. Für weitere Bewegungen in der Vorstellung und im Denken ist kein Raum. Mithin kann auch die opinio necessitatis als für die Übungshandlung wesentliches Erfordernis nicht in einer rechtlichen Überzeugung, Meinung, einem rechtlichen Bewußtsein, Glauben, Gedanken, in Vernunftüberzeugung, Werthurtheilen oder wie man sonst die Bewegung im Vorstellen bezeichnet haben mag, bestehen, sondern höchstens in einer zur Handlung hindrängenden Bewegung im Gefühl. Sicherlich haben Bewegungen im Gefühl vielfach die Übungshandlung begleitet, z. B. bei den gewohnheitsrechtlichen Bildungen auf dem Gebiete der Religion, der Familie. Eben so sicher aber hat es gewohnheitsrechtliche Übung gegeben, bei welcher zur Handlung hindrängende Gefühle vollkommen fehlten. Ich erinnere an die oben angeführten ursprünglichen Rechtsbildungen des täglichen Lebens. Gefühle, welche zur Übungshandlung antreiben, sind hier eben so wenig wahrzunehmen wie Vorgänge im Denken. Die Bewegung im Gefühl ist also der gewohnheitsrechtlichen Übung nicht wesentlich; es bleibt von der opinio necessitatis nichts übrig, was in die wesentlichen Merkmale der gewohnheitsrechtlichen Übung hineingenommen werden müßte[10]). Übrigens machten wir auch bei der einfachen Gewohnheit die Wahrnehmung, daß neben der Handlung bisweilen deutliche Bewegungen im Gefühle einhergehen.

Die Frage, welchen Einfluß Irrthum bei der Entstehung des Gewohnheitsrechtes äußert, berührt die vorliegende Untersuchung nicht, da dieselbe es lediglich mit fertigem Recht zu thun hat. Bei

10) Vgl. das Vorwort.

der Übung fertigen Gewohnheitsrechtes wäre, nachdem dieselbe einmal auf Gewohnheit zurückgeführt ist, Irrthum nur in der Wahrnehmung des Anwendungsfalles denkbar: die Seele erhält in Folge des Irrthums die Vorstellung des Anwendungsfalles nicht, obwohl derselbe in der Außenwelt da ist; die Seele erhält umgekehrt die Vorstellung des Anwendungsfalles, obwohl derselbe in Wirklichkeit nicht da ist. Beides kommt ohne Frage nicht selten vor. Im ersteren Falle bleibt die Übungshandlung bei einer einzelnen Gelegenheit aus, im letzteren Falle erscheint sie, ohne daß die Gelegenheit da ist. Die Gewohnheit, die verknüpfende Eigenschaft der Seele, welche den Kern der gewohnheitsrechtlichen Übung bildet, auf welcher ihre Fortdauer beruht, wird dadurch in keiner Weise gestört. Es liegt durchaus kein Grund vor, die Abwesenheit von Irrthum zu einem wesentlichen Merkmale der Übung des Gewohnheitsrechtes zu machen.

Rationabilität bedeutet Übereinstimmung des Gewohnheitsrechtes mit gewissen Erscheinungen, Grundsätzen, Zwecken. Das Gewohnheitsrecht soll den guten Sitten, der Religion, höheren Rechtsprincipien, den Grundlagen der Staatsverfassung, der Logik, dem Staatswohl u. s. w., nicht zuwiderlaufen dürfen. Als Anforderung an das Gewohnheitsrecht hat die Rationabilität für die gegenwärtige Untersuchung keine Bedeutung, weil es sich hier darum handelt, wie das Gewohnheitsrecht ist, nicht darum, wie es sein soll. Nehme ich die Rationabilität als thatsächliche Eigenschaft des Gewohnheitsrechtes, so liegt in dem Erfordern derselben das Urtheil, daß das Gewohnheitsrecht mit den aufgezählten Erscheinungen, Grundsätzen, Zwecken übereinstimme. Auch in dieser Gestalt gehört das Erfordernis der Rationabilität nicht hierher, weil das Gewohnheitsrecht hier nicht mit Anderem verglichen, sondern daraufhin untersucht wird, wie es an und für sich ist.

Die Frage nach der Genehmigung des Gesetzgebers berührt meine Untersuchung nur in folgender Gestalt: Ist erfahrungsmäßig eine Genehmigung durch den Gesetzgeber dem Gewohnheitsrechte[11])

11) d. h. dem Gewohnheitsrechte als einer das Leben im gesunden Verlauf der Dinge beherrschenden Kraft. Schwanert, Gesetz und Gewohnheit, 1873, S. 20f., versteht unter dem Erfordernis der staatlichen Genehmigung, daß dem Gewohnheitsrecht die staatliche Zwangsgewalt zur Seite stehen müsse, damit es Recht sei. Ähnlich identificirt Schultze, Privatrecht und Proceß in ihrer Wechsel-

wesentlich, d. h., lehrt die Erfahrung, daß jede gewohnheitsrechtliche Erscheinung ohne Ausnahme mit einer gesetzlichen Genehmigung in Verbindung steht, auf welche ihre Kraft und Geltung zurückgeführt werden muß? — Von einer jede einzelne gewohnheitsrechtliche Bildung begleitenden ausdrücklichen oder stillschweigenden Genehmigung durch die Gesetzgeber weiß die Geschichte nichts. Desgleichen sind uns jedenfalls für die ältesten Zeiten der Völker durchaus keine Aussprüche oder sonstige Handlungen gesetzgebender Organe bekannt, in welchen eine allgemeine Genehmigung des damals geltenden Gewohnheitsrechtes mit Sicherheit gefunden werden könnte. Eine solche Genehmigung wäre etwas ganz unnatürliches. Da jede spontane menschliche Willensbewegung die Vorstellung eines Zweckes voraussetzt, so ist generelle Genehmigung von Gewohnheitsrecht nur denkbar unter der Voraussetzung, daß die genehmigenden Individuen die generelle Genehmigung für erforderlich d. h. ohne dieselbe das Gewohnheitsrecht für nicht vollkräftig halten. Dies gilt auch für die stillschweigende Genehmigung, wenn anders man an der Genehmigung als etwas positivem, bei der stillschweigenden Genehmigung immer noch an dem genehmigenden Willen festhalten will. Derartige Reflexionen liegen aber jenen Zeiten, in welchen das Gewohnheitsrecht die überwiegende, wenn nicht ausschließliche, Masse des Rechts ausmacht, vollkommen fern. Will man bei der stillschweigenden Genehmigung den positiven wirklichen Willen gänzlich fallen lassen und rein negativ an einen Nicht-Widerspruch denken, so ist damit zugestanden, daß gar kein Vorgang in der Seele der gesetzgebenden Individuen das Gewohnheitsrecht begleitet. Nicht-Widerspruch schlechtweg ist eben nichts. Die lediglich vermuthete Einwilligung, auf welche die Genehmigung bisweilen abgestellt wird[12]), ist ihrem Begriffe nach gleichfalls nur

---

beziehung, 1883, S. 55 ff., die staatliche Genehmigung mit dem Rechtsbefehl, welcher den einzelnen Richterspruch mit zwingender Gewalt ausstattet. Siehe Note 13, S. 9. In dieser Gestalt bezieht sich die Genehmigung des Gesetzgebers auf den Zustand der Verletzung des Gewohnheitsrechts und gehört deshalb nicht hierher. Es wird sich übrigens zeigen, daß das Gewohnheitsrecht allerdings wie jedes andere Recht zu seinem Begriffe eine gewisse Ausstattung mit physischer Gewalt bedarf; nur braucht diese Gewalt nicht nothwendig durch den staatlichen Richter angeordnet zu werden.

12) in neuerer Zeit von Rümelin in den Jahrb. für Dogmatik Bd. XXVII, 1889, S. 208 ff.

eine Annahme des beobachtenden Geistes, welcher in der Seele der Gesetzgeber ein Wirkliches nicht nothwendig entspricht.

Das Erfordernis der Übung und der gleichförmigen Dauer derselben löste sich mir in die Gewohnheit auf. Die übrigen Erfordernisse der herrschenden Lehre ergaben keine begrifflichen Merkmale des Gewohnheitsrechts oder seiner Übung. Das Gewohnheitsrecht ist mithin im reinen Verlaufe seiner Übung nach dem bisherigen Ergebnis nichts weiter als eine Gewohnheit der übenden Gemeinschaftsglieder[13]).

Das Gewohnheitsrecht ist eine Gewohnheit der Gemeinschaftsglieder. Hier wird ein Merkmal mitgedacht, auf welches bisher noch nicht Rücksicht genommen ist, nämlich die Allgemeinheit. Die Gewohnheit als Gewohnheitsrecht muß in einer Rechtsgemeinschaft allgemein, nicht blos eine Gewohnheit einzelner Menschen als solcher sein. Also bedarf der Begriff der Allgemeinheit näherer Bestimmung.

Daß die Allgemeinheit einer Erscheinung nicht in einer gewissen Zahl und Häufigkeit ihres Vorkommens in der Gemeinschaft bestehen kann, ist klar. Denn es schadet der Allgemeinheit nichts, wenn einzelne Gemeinschaftsglieder die allgemeine Eigenschaft nicht an sich tragen, und es fehlt an jeglichem Anhalt, ein bestimmtes zahlenmäßiges Verhältnis zwischen den Gemeinschaftsgliedern, an welchen die allgemeine Eigenschaft vorhanden sein muß, und denen, an welchen sie fehlen kann, aufzustellen. Puchta und Savigny bestimmen den Begriff der Allgemeinheit nur für nationelle Gemeinschaften. Eine geistige Eigenschaft ist nach ihnen dann allgemeine Eigenschaft des Volkes, wenn sie einer Thätigkeit des Volkes als eines Ganzen, dem Volksgeiste, ihren Ursprung verdankt.

Man hat sich daran gewöhnt, die von Puchta und Savigny über die Thätigkeit des Volksgeistes aufgestellte Theorie als eine

---

13) Scheinbar stimmt hiermit Adickes, Zur Lehre von den Rechtsquellen, 1872, § 5 I, II, überein, da A. es gleichfalls vertheidigt, daß das Gewohnheitsrecht nichts als Gewohnheit sei. Allein das dort genannte Gewohnheitsrecht ist A. kein Recht, sondern eine Quelle des Rechts, d. h. ein Etwas, „woraus der Recht Suchende und zwar in erster Linie der .... Richter eine Norm für die Entscheidung des einzelnen Falls, des konkreten Rechtsverhältnisses zu gewinnen vermag". Erst diese vermöge der subjektiven Vernunft gefundene Norm ist nach A. das Recht. Mir ist die Gewohnheit selbst Recht.

unklare, wenig brauchbare zu betrachten. Und doch liegt in dieſer Theorie gewiſſermaßen der Kern der geſchichtlichen Anſicht beſchloſſen. Sie iſt der Angelpunkt jener Anſchauung, welche das Recht als etwas in dem Volksleben Werdendes, mit demſelben Fortſchreitendes anſieht, jener Anſchauung, auf welcher die heute herrſchende Methode der Rechtswiſſenſchaft beruht. Müßte es nicht ſehr auffallen, wenn eine Theorie, welche die Auffindung ſo vieler und tiefer Wahrheiten zur Folge gehabt hat, nichts als eine Unklarheit enthielte? Sollte nicht auch in jener grundlegenden Theorie ſelbſt ein wahrer Kern zu finden ſein?

Die ausführliche Darlegung der Theorie über die Wirkſamkeit des Volkes als eines Ganzen wird von Puchta gegeben. Puchta beſtimmt das Volk als „ein natürliches, alſo auf natürlichen Fähigkeiten, nämlich auf leiblicher und geiſtiger Verwandtſchaft, Verwandtſchaft der Fähigkeiten und Überzeugungen beruhendes Ganzes“ [14]), die Thätigkeit des Volkes als

> „einen unſichtbaren, durch ſeinen Begriff, nämlich jene Verwandtſchaft ſelbſt gegebenen Einfluß auf die ihm angehörenden Glieder“ [15]).

Die Wirkſamkeit des Volkes als eines Ganzen wird hier erläutert und identificirt mit dem Einfluß, welchen die Verwandtſchaft der Volksgenoſſen auf ihre geiſtigen und leiblichen Eigenſchaften ausübt. Die Verwandtſchaft der Volksgenoſſen beruht auf ihrer gemeinſamen Abſtammung. Die Wirkſamkeit des Volkes als eines Ganzen iſt alſo gleich dem Einfluſſe, welchen die gemeinſame Abſtammung der Volksgenoſſen auf ihre leiblichen und geiſtigen Eigenſchaften ausübt. Eine geiſtige Eigenſchaft iſt nach Puchta dann allgemeine Eigenſchaft des Volkes, wenn ſie auf der gemeinſamen Abſtammung der Volksgenoſſen beruht. Dieſe Auffaſſung der Anſicht von Puchta und Savigny ergiebt ein durchaus klares Verſtändnis jener Stellen, aus welchen man Widerſprüche oder unbrauchbare Fiktionen ihrer Lehre hat herleiten wollen. Die gemeinſame Abſtammung braucht nach Puchta nicht in allen Volksgenoſſen wirkſam zu werden, ja ſie kann ihren Einfluß in Folge widriger Umſtände nur in ſehr wenigen Genoſſen äußern, und

---

14) Puchta, Das Gewohnheitsrecht, Bd. I, 1828, S. 137.
15) a. a. O. S. 138.

doch wohnt der an den wenigen Genoſſen hervortretenden Eigenſchaft nach Puchta der Begriff der Allgemeinheit inne[16]): ſie beruht dann auf der Abſtammung, welche in allen Genoſſen wirkt. Andererſeits kann nach Puchta eine Eigenſchaft an allen Volksgenoſſen hervortreten, ohne eine allgemeine zu ſein[17]): ihr ausnahmsloſes Vorkommen läßt ſich dann nicht auf die allgemeine Abſtammung zurückführen. Wenn eine allgemeine geiſtige Eigenſchaft zuerſt an wenigen ſichtbar wird, und die übrigen ſie durch Lernen von jenen annehmen, ſo ſind dieſe übrigen nach Puchta nicht das Volk[18]): denn in Bezug auf jene Eigenſchaft ſchließt nicht gemeinſame Abſtammung, ſondern ein anderer nach Puchta zufälliger Umſtand, das Lernen, ſie zuſammen, — und das Lernen iſt nach Puchta nicht das Hervorbringen des Rechts[18]): denn das Hervorbringen des Rechts geht nur von der gemeinſamen Abſtammung aus. Nach Savigny kann ſich der Einzelne ſogar durch das, was er für ſich will, gegen das, was er als Glied des Ganzen denkt und will, auflehnen[19]): was er als Glied des Ganzen denkt und will, beruht auf dem Einfluß der gemeinſamen Abſtammung, was er für ſich will, beruht auf dem Einfluß anderer Urſachen. Es würde nach der hier entwickelten Auffaſſung der Lehre von Puchta und Savigny bei ihnen nur noch ein unklarer Sprachgebrauch ſtehen bleiben, indem ſie im Verlaufe ihrer Werke niemals mehr die gemeinſame Abſtammung, ſondern ſtets die gemeinſame Überzeugung, den Volksgeiſt, als Entſtehungsgrund des Rechts anführen, während die gemeinſame rechtliche Überzeugung, der Volksgeiſt, ſo wie man die Anſicht von Puchta und Savigny auffaſſen muß, nicht das Erzeugende, ſondern ſelbſt das Erzeugte und mit dem Rechte identiſch ſind[20]).

16) Gewohnheitsrecht, Bd. I, S. 149, Anm. 3, Bd. II, 1837, S. 17, 259; — Lehrbuch der Pandekten, 1838, S. 12; — Vorleſungen über das heutige röm. Recht, 5. Aufl., Bd. I, 1862, S. 29.

17) Gewohnheitsrecht, Bd. I, S. 157, 208.

18) a. a. O. S. 155.

19) Savigny, Syſtem, Bd. I, S. 24.

20) Die ſich einmengende Vorſtellung, welche die Unklarheit herbeiführt, iſt keineswegs, wie häufig — Reinhold Schmid, Theorie und Methodik des bürgerl. Rechts, 1848, S. 173, 174; Harum, Von der Entſtehung des Rechts, 1863, S. 6; Abickes, Zur Lehre von den Rechtsquellen, 1872, S. 3; Zitelmann im Archiv für civiliſt. Praxis Bd. 66 (1883), S. 375, 376 — angenommen wird,

Nun ist aber längst anerkannt, daß gemeinsame Abstammung nicht die einzige Ursache allgemeiner Eigenschaften der Völker sein kann[21]). Allgemeine Eigenschaften beruhen nicht allein auf Vererbung, sondern auch auf Bodenbeschaffenheit, Klima, Berührung mit andern Völkern u. s. w. Puchta und Savigny heben in ihrer Begriffsbestimmung eine einzelne Ursache allgemeiner Eigenschaften hervor, während es gar nicht möglich ist, alle solche Ursachen erschöpfend aufzuzählen. Dennoch enthält jene Begriffsbestimmung das Richtige. Es ist nur nöthig, statt der einzelnen Ursache das gemeinsame Merkmal zu setzen, welches sich von Ursachen allgemeiner Eigenschaften überhaupt abziehen läßt. Dieses gemeinsame Merkmal ist das Wirken im ganzen Volke. Jede Eigenschaft,

---

der Gedanke an einen über den Individuen schwebenden, transscendenten Geist. Denkt man als Ursache der gegenwärtigen leiblichen und geistigen Bildung eines Volkes die Abstammung von gemeinsamen Ureltern, so wird die ganze Reihe der Generationen bis zu den gemeinsamen Ureltern hinauf in der Vorstellung zu einem großen Ganzen zusammengeschlossen, innerhalb dessen die geistige Bildung des Körpers sich von Geschlecht zu Geschlecht bis auf die gegenwärtige Zeit fortpflanzt. Vgl. Savigny, System, Bd. I, S. 20, 31, 147; Vermischte Schriften, Bd. I, S. 110 f., Bd. V, S. 142. Diese durch alle Generationen fortlaufende geistige Bildung ist recht eigentlich das, was Savigny und Puchta unter Volksgeist verstehen. Wenn S. und P. den Volksgeist als Entstehungsgrund der Rechtes anführen, so denken sie dabei an die geistige Bildung der früheren Generationen, welche durch gemeinsame Abstammung, Vererbung auf das gegenwärtige Geschlecht übergegangen ist. Vgl. Gierke, Naturrecht und deutsches Recht, 1883, S. 9. Es wird also das Übergehende mit der Ursache vermengt, die den Übergang veranlaßt. Auch Schuppe, Das Gewohnheitsrecht, 1890, tritt S. 34 gegen die Auffassung des Savigny-Puchta'schen Volksgeistes als eines von den einzelnen verschiedenen Geistes auf und will darunter lediglich eine Übereinstimmung der Einzelnen verstehen, die in einer Naturbestimmtheit, gemeinsamen Schicksalen und Erlebnissen ihren Grund hat.

21) Gelegentlich wird dies sogar von Savigny und Puchta zugestanden. Vgl. Savigny, System, Bd. I, S. 81, 93, 180 — Puchta, Gewohnheitsrecht, Bd. I, S. 135; Vorlesungen, 5. Aufl., S. 26. Hier werden: die Gemeinschaft gewerblicher Verhältnisse bei Kaufleuten und Handwerkern; die täglich wiederkehrenden Bedürfnisse; Bedürfnisse wie sie aus der Verschiedenheit der Zustände natürlich hervorgegangen sind; die Absonderung im Raume; räumliche Nähe; Gleichheit der Bedürfnisse — als Triebkräfte des Rechts und der gemeinsamen geistigen Bildung angeführt. Im Gewohnheitsrecht, Bd. I, S. 138, erkennt P. ausdrücklich an, daß „klimatische Verhältnisse u. s. f." unmittelbar die allgemeine geistige Bildung der „Volkes" und dadurch mittelbar auch die Bildung der Einzelnen beeinflussen.

welche eine auf sämmtliche Glieder des Volkes einwirkende Ursache überhaupt zu ihrem Grunde hat, ist im Volke allgemein. Damit fällt auch die gleichfalls als zu eng erkannte Beschränkung der Allgemeinheit auf nationelle Gemeinschaften[22]). Jede menschliche Gemeinschaft kann von Einflüssen, die auf alle Glieder der Gemeinschaft einwirken, betroffen werden. Mithin ergiebt sich als abschließende Begriffsbestimmung: eine Eigenschaft ist in einer Gemeinschaft allgemein, wenn sie auf Einflüssen beruht, denen alle Glieder der Gemeinschaft ausgesetzt sind. Soweit die Ursachen der Eigenschaft wirken, soweit reicht die Allgemeinheit der Eigenschaft.

Da die Ursachen der allgemeinen Eigenschaft in allen Gliedern der betreffenden Gemeinschaft wirksam sind, so wird die Eigenschaft regelmäßig auch in der weitaus überwiegenden Zahl dieser Gemeinschaftsglieder erzeugt werden. Immer aber wird sich eine größere oder geringere Anzahl von Individuen finden, bei welchen die Wirkung der allgemeinen Ursache durch widrige Einflüsse gehemmt, an welchen die allgemeine Eigenschaft nicht entstanden ist. In der Zeit, in welcher die allgemeine Eigenschaft im Entstehen begriffen oder dem Verschwinden nahe ist, wird dieselbe nur an wenigen Individuen, vielleicht nur an einem einzigen hervortreten[23]).

In diesem Sinne muß die Gewohnheit, welche das Gewohnheitsrecht im reinen Verlaufe der Übung ausmacht, allgemein sein, auf allgemeinen Ursachen beruhen. Eine Gewohnheit beruht auf allgemeiner Ursache, wenn in der ganzen Gemeinschaft thätige Einflüsse darauf hingewirkt haben, daß die Glieder der Gemeinschaft bei einer bestimmten Gelegenheit gleichförmig handelten und durch die dauernde Wiederholung des gleichförmigen Handelns die Gewohnheit, die verknüpfende Eigenschaft der Seele, sich bildete. Vielleicht kann die verknüpfende Eigenschaft, in welcher das Wesen der Gewohnheit besteht, auch ohne das Mittel der Wiederholung gleichförmiger Handlungen unmittelbar durch Vererbung sich fortpflanzen und somit aus der allgemeinen Ursache gemeinsamer Abstammung entstehen.

---

22) Sturm, Recht und Rechtsquellen, 1883, S. 8, 78, bleibt dabei stehen, daß der Rechtsbegriff nur auf nationale Gemeinschaften passe.

23) Auch Schuppe, Das Gewohnheitsrecht, 1890, bestimmt S. 34 ff. die Allgemeinheit als das Herstammen aus einer einheitlichen Ursache. Sch. kennt jedoch nur eine Ursache allgemeiner Eigenschaften, nämlich das Wesen des Menschen.

Es könnte scheinen, als ob ich mit der Zurückführung des Gewohnheitsrechtes auf Gewohnheiten Anschauungen anheim gefallen sei, die seit Puchta längst verlassen sind. Allein, was Puchta erfolgreich bekämpfte, ist nicht mein Begriff des Gewohnheitsrechtes. Puchta trat dagegen auf, daß man in dem Gewohnheitsrecht nichts als eine Reihe äußerer gleichförmiger Handlungen sah, welche die Eigenschaft eines Rechtes erst durch die Genehmigung des Gesetzgebers erlangen sollten, während nach meiner Begriffsbestimmung das Gewohnheitsrecht etwas rein Innerliches, eine gewisse Eigenschaft der Seele ist, welche an und für sich das Recht ausmacht, ohne des Hinzutritts gesetzlicher Genehmigung zu bedürfen.

2. Das Gesetzesrecht.

Der gesetzgeberische Wille ist keine bei dem vollendeten Gesetz auftretende Erscheinung. Denn die in den gesetzgebenden Individuen sich abspielenden psychischen Vorgänge, welche man als gesetzgeberischen Willen bezeichnen könnte, haben, wenn das Gesetz vollendet ist, ihr Ende erreicht. Ob der Gesetzgeber nach Vollendung des Gesetzes noch will und was er alsdann will, ist für das erlassene Gesetz vollkommen gleichgültig. Das vollendete Gesetz, welches allein Gegenstand der gegenwärtigen Untersuchung ist, zeigt im Verlaufe seiner Befolgung nur diese wiederkehrenden Merkmale:

eine bestimmte Reihenfolge von Schriftzeichen, welche in der Urschrift des Gesetzes festgelegt ist und danach mehr oder weniger oft vervielfältigt zu werden pflegt, oder, wenn man Schriftform nicht für ein wesentliches Erfordernis des Gesetzes hält, eine bestimmte Reihenfolge von Lauten;

die Vorstellungsverbindungen, mit anderen Worten die Sätze, welche die Wahrnehmung dieser bestimmten Reihenfolge von Schriftzeichen oder Lauten in der Seele erzeugt, einschließlich derjenigen nebenhergehenden Vorstellung, welche diese Sätze zu Rechtssätzen macht, das ist die Vorstellung, daß die gesetzgebenden Individuen in der erforderlichen Weise bei der Feststellung dieser Reihenfolge thätig gewesen sind;

die dem Gesetz entsprechende Handlungsweise der Staatsangehörigen einschließlich der inneren Willensantriebe dazu.

Die Regelmäßigkeit, mit welcher auf das Gesetz die ihm entsprechende Handlungsweise folgt, bedingt endlich den Schluß, daß in den Seelen der Staatsangehörigen irgend ein Moment vorhanden sein muß, auf welchem diese Regelmäßigkeit beruht.

Die bestimmte Reihenfolge der Schriftzeichen oder Laute kann nicht zum Begriff des gesetzlichen Rechtes gehören. Denn das Dasein des gesetzlichen Rechtes wäre dann an das Dasein dieser Reihenfolge geknüpft; das gesetzliche Recht wäre erloschen, wenn die Laute verklungen sind, wenn zufällig einmal die Urschrift des Gesetzes und alle Vervielfältigungen vernichtet würden; das gesetzliche Recht bestünde andererseits trotz eines neuen aufhebenden Gesetzes fort, so lange noch die Urschrift des alten Gesetzestextes oder eine Vervielfältigung da wäre. Die Rechtssätze scheiden aus, weil sie nicht zum Begriff des Rechts überhaupt gehören. Die dem Gesetz entsprechende Handlungsweise ist nicht begriffliches Merkmal des gesetzlichen Rechtes, weil sie nicht unbedingt da zu sein braucht, weil Abweichungen von dem Gesetz im einzelnen Fall der Fortdauer des gesetzlichen Rechtes nicht schaden. Der Begriff des gesetzlichen Rechtes kann mithin nur in jenem seelischen Moment liegen, auf welchem die Regelmäßigkeit der gesetzlichen Handlungsweise beruht. Es fragt sich, welches dieses seelische Moment ist. Für die Beantwortung der Frage giebt das Ergebnis der bisherigen Untersuchung einen Fingerzeig. Der Begriff des Rechtes muß ein einiger sein; der Begriff, welcher an einem Theil der konkreten Gestaltungen des Rechts gefunden wird, muß, wenn er richtig ist, überhaupt gelten. Habe ich also bei den gewohnheitsrechtlichen Bildungen im reinen Verlaufe ihrer Übung den Begriff des Rechts als eine allgemeine Gewohnheit bestimmt, so muß sich, wenn dieses Ergebnis richtig sein soll, der nämliche Begriff auch bei dem gesetzlichen Rechte im reinen Verlaufe seiner Befolgung vorfinden. Nun ist eine im Staate vorhandene allgemeine Gewohnheit, dem Gesetz zu gehorchen, nach jeder Richtung hin geeignet, das seelische Moment abzugeben, auf welchem die Regelmäßigkeit des gesetzlichen Handelns beruht. Eine derartige allgemeine Gewohnheit erklärt nach den früheren Darlegungen nicht nur diese Regelmäßigkeit, sondern auch, wie es kommen kann, daß trotz der Regelmäßigkeit in einzelnen Fällen die gesetzliche

Handlung oder schon der Antrieb zu derselben unterbleibt, oder daß gar in einzelnen Angehörigen des Staates das die Regelmäßigkeit erzeugende seelische Moment überhaupt nicht vorhanden ist. Demgemäß bestimme ich, gestützt auf das bisherige Ergebnis meiner Untersuchung, den Begriff des gesetzlichen Rechtes als eine allgemeine Gewohnheit der Staatsangehörigen, dem Gesetz zu gehorchen. Das Gesetz, die Gelegenheit dieser Gewohnheit, bedeutet nichts als eine Willenserklärung gewisser Individuen im Staate und ist an und für sich nicht Recht[24]). Die Darlegung der Gehorsamsgewohnheit, welche den Begriff des gesetzlichen Rechtes ausmacht, bedarf einer breiteren Grundlage.

In den Staaten sowohl wie in den Verbänden, welche sich als Vorstufen des Staates darstellen, beobachten wir die Gewohnheit, schriftlichen oder mündlichen Äußerungen gewisser Individuen aus der Gemeinschaft zu gehorchen. Die ältesten Gehorsamsgewohnheiten mögen sich ohne menschliches Zuthun allein durch die Kraft des Lebens, deren Wirkungen erst im Laufe der Jahrhunderte sichtbar werden, gebildet und fortentwickelt haben. Allein die Bedürfnisse der Gemeinschaften wechselten nicht selten viel zu schnell, als daß diese langsam wirkende Kraft des Lebens ihnen hätte gerecht werden können. Es wurde nicht selten nöthig, rasch eine den geänderten Bedürfnissen entsprechende Ordnung herzustellen. Hatten in solchem Falle die Individuen, welche gerade in dem Anlaß der bestehenden Gehorsamsgewohnheiten standen, den guten Willen und die Fähigkeit, das vorhandene Bedürfnis zu erkennen und eine geeignete Ordnung zu ersinnen, so setzten sie selbst die neue Ordnung und befahlen in den üblichen Formen deren Achtung. Die neue Ordnung wurde dann zunächst kraft der alten Gehorsamsgewohnheit befolgt; es war zunächst die Vorstellung, daß die im bisherigen Gehorsamsanlaß stehenden Individuen in der bisher üblichen Weise die neue Ordnung erlassen hatten, welche die Befolgung derselben vermöge der alten verknüpfenden Eigenschaft

---

24) Übereinstimmend Böhlau, Mecklenburgisches Landrecht, Bd. I, 1871, § 43, S. 274, 275; Exkurs S. 278. Ferner Ihering, Geist des röm. Rechts, 4. Aufl., Bd. III, 1883, S. 322; Merkel in Grünhut's Ztschrft. f. d. Privat- u. öffentl. Recht, Bd. VI, 1879, S. 373; Thon, das. Bd. VII, 1880, S. 246, 247; Marxen, Die Grundlage des Rechts, 1882, S. 53f.; Bülow, Gesetz und Richteramt, 1885, S. 3, 45.

der Seele hervorrief. Nicht lange aber und der pſychiſche Vorgang kürzte ſich ab. Die wiederholte Befolgung der neuen Ordnung erzeugte, unterſtützt durch das nach derſelben beſtehende Bedürfnis, neue Gewohnheiten, neue dauernde Eigenſchaften der Seele, welche die Anwendungsfälle der neuen Ordnung bei ihrer Wahrnehmung unmittelbar mit dem Antrieb zu der die Befolgung enthaltenden Handlung verbanden. Andererſeits mußten die alten Gehorſamsgewohnheiten, weil die Anläſſe, welche ſie früher in Bewegung geſetzt hatten, von nun an niemals mehr in der Seele entſtanden, durch den dauernden Nichtgebrauch allmählich erlöſchen, ſo daß ſchließlich die der neuen Ordnung entſprechenden Gehorſamsgewohnheiten allein zurückblieben. Auf dieſe Weiſe ſetzten die alten Gehorſamsgewohnheiten neue aus ſich heraus, indem ſie ſich ſelbſt verzehrten. Waren die alten Gehorſamsgewohnheiten allgemein, ſo waren es auch die neuen. Denn die neuen Gehorſamsgewohnheiten waren durch die Wirkſamkeit der alten entſtanden, ſie beruhten alſo mittelbar auf der allgemeinen Urſache der letzteren. Die Geſchichte lehrt, daß auch die rohe Gewalt, der Umſturz, neue Gehorſamsgewohnheiten ſchaffen kann. Am Anfange beruht die Achtung der durch Umſturz eingeführten Ordnung lediglich auf der Macht der neuen Gewalthaber, auf der Furcht der Gehorchenden. Allein wenn die neue Ordnung den Bedürfniſſen der Zeit entgegen kommt und es gelingt, dieſelbe lange genug zu halten, ſo erzeugt die häufige Wiederholung der Befolgungshandlungen auch hier allmählich Gehorſamsgewohnheiten, die der neuen Ordnung entſprechen, ebenſo wie andererſeits die alten Gehorſamsgewohnheiten durch dauernden Nichtgebrauch erlöſchen. Die neuen Gehorſamsgewohnheiten ſind hier allgemein, weil ſie durch die Macht der Gewalthaber, welche auf die ganze Gemeinſchaft einwirkte, eingeführt ſind. Die Geſchichte lehrt endlich noch eine vierte Art, neue Gehorſamsgewohnheiten zu ſchaffen, nämlich durch vertragsmäßige Feſtſetzung von Gemeinſchaftsordnungen. Wo Menſchen neue Gemeinſchaften außerhalb der ſchon beſtehenden bilden wollen, da fehlt es nothwendig an einer Gehorſamsgewohnheit, welche ſich zur Einführung der paſſenden Gemeinſchaftsordnung verwenden lieſe. Auch iſt man in ſolchem Falle meiſt nicht in der Lage, durch Gewalt einer erdachten Ordnung Achtung zu verſchaffen oder gar zu warten, bis ſich im Laufe der Jahrhunderte

die geeigneten Gehorsamsgewohnheiten von selbst bilden. Alsdann hilft wenigstens bei den Kulturvölkern Europas die in ihnen allgemein verbreitete Gewohnheit, das gegebene Wort zu halten. Die in die neue Gemeinschaft eintretenden Individuen versprechen, eine fertige oder erst noch zu ersinnende Ordnung zu beobachten. Die Vorstellung des Versprechens erzeugt kraft der Gewohnheit, es zu halten, die der Ordnung entsprechende Handlungsweise, wenn die Anwendungsfälle der Ordnung an die Individuen herantreten. Die fortgesetzte Wiederholung dieser Vorgänge erzeugt neue Gewohnheiten, welche den Antrieb zu den der Ordnung entsprechenden Handlungen unmittelbar mit der Wahrnehmung ihrer Anwendungsfälle verknüpfen. So setzt hier die Gewohnheit, das gegebene Wort zu halten, neue Gehorsamsgewohnheiten aus sich heraus. Hier sind die neuen Gehorsamsgewohnheiten durch das Setzen eines einzigen Vertrages, welcher auf alle zu der Gemeinschaft zusammengetretenen Individuen einwirkte, geschaffen und deshalb in der Gemeinschaft allgemein. Ein Beispiel für den von einem Vertrage ausgehenden Anstoß zur Bildung neuer Gehorsamsgewohnheiten bietet die Gründung des ersten Neu-England-Staates in Nordamerika. Bevor das Schiff, welches die Auswanderer nach Amerika überführte, den Ort seiner Bestimmung erreicht hatte, unterzeichneten die 41 männlichen erwachsenen Theilnehmer der Gründung ein Schriftstück, in welchem erklärt ward, daß die Unterzeichner sich gegenseitig und feierlichst, in Gegenwart Gottes und Einer in des Andern, zu einem bürgerlichen Staatskörper verbinden, daß sie kraft dessen Gesetze, Verfassungen und Ämter einführen und einrichten wollen, die für das allgemeine Beste der Ansiedlung geeignet erfunden werden, und daß sie dem gehörige Unterwerfung und Gehorsam versprechen[25]). Unter dem Eindrucke, den die Vorstellung dieses Schriftstückes vermöge der Gewohnheit, das gegebene Wort zu halten, auf die Seelen der Auswanderer ausübte, wurden die ersten staatlichen Einrichtungen der neuen Kolonie in das Leben gerufen. Die Befolgung der Verfassung des Norddeutschen Bundes und des heutigen Deutschen Reiches beruht

25) Bancroft, Geschichte der Verein. Staaten von Nordamerika, dtsch. v. Kretzschmar, 1845, S. 266; Talvj, Geschichte der Kolonisation von Neu-England, 1847, S. 83, 84.

auf einer vereinten Wirkung der Gewohnheit, das gegebene Wort zu halten, und der in den Partikularstaaten bestehenden Gehorsamsgewohnheiten. Durch den Vertrag vom 18. August 1866 und dessen Zusatzverträge verpflichteten sich die an der Spitze der einzelnen norddeutschen Staaten stehenden Individuen, eine für diese Staaten gemeinsame Verfassung in bestimmter Weise zu berathen, festzusetzen und einzuführen. Kraft der Gewohnheit, das gegebene Wort zu halten, wurden von jenen Individuen die Handlungen vorgenommen und veranlaßt, welche nöthig waren, um die Verfassung in der vorgesehenen Weise zu berathen, festzusetzen und schließlich in die Anlässe der Gehorsamsgewohnheiten zu bringen, die in den einzelnen norddeutschen Staaten schon bestanden. Kraft dieser Gehorsamsgewohnheiten wurde die festgesetzte Verfassung von den Individuen der einzelnen Staaten befolgt. Bei der Gründung des Deutschen Reiches verpflichteten sich die Individuen, welche an der Spitze des Norddeutschen Bundes nach dessen neu geschaffener Ordnung, sowie die Individuen, welche an der Spitze der süddeutschen Staaten standen, durch die Verträge vom November 1870, eine bereits festgesetzte Verfassung in den ihnen untergebenen Gebieten einzuführen. Kraft der Gewohnheit, das gegebene Wort zu halten, wurden von diesen Individuen wiederum alle Handlungen vorgenommen, welche nöthig waren, um die festgesetzte Verfassung in die Anlässe der Gehorsamsgewohnheiten zu bringen, die im Gebiete des Norddeutschen Bundes und der süddeutschen Staaten bestanden. Kraft der Gehorsamsgewohnheit befolgten sodann die Individuen dieser Gebiete die festgesetzte Verfassung. War die Verfassung des Norddeutschen Bundes bei der Gründung des Deutschen Reiches bereits in selbständige Gewohnheiten übergegangen, so befolgten die Individuen des ehemaligen Norddeutschen Bundes die Verfassung des Deutschen Reiches unmittelbar bei der Vorstellung, daß die Organe des Norddeutschen Bundes die Befolgung der Verfassung des Deutschen Reiches angeordnet haben; wo nicht, so erst bei der hieran sich anschließenden Vorstellung, daß die Organe des eigenen Partikularstaates befohlen haben, die Anordnungen der Organe des Norddeutschen Bundes zu befolgen. In den süddeutschen Staaten wurde die Reichsverfassung beobachtet bei der Vorstellung, daß die Organe der Partikularstaaten die Befolgung der Reichsverfassung angeordnet haben.

Inwieweit sich heute bereits selbständige Gewohnheiten gebildet haben, welche den Gehorsam gegen die Reichsverfassung herbeiführen, oder inwieweit dieser Gehorsam immer noch erst bei der Vorstellung, daß die Organe des Norddeutschen Bundes oder des eigenen Partikularstaates die Achtung der Reichsverfassung anbefohlen haben, eintritt, das könnte nur durch exakte Beobachtung des Lebens festgestellt werden.

Auf die eine oder andere Art haben sich die Gehorsamsgewohnheiten in historischen Zeiten bis auf den heutigen Tag gebildet und fortentwickelt.

Sobald die Staaten über die ersten Entwickelungszustände hinaus sind, treten in ihnen gleichzeitig mehrere verschiedene Individuen oder Individuenkomplexe auf, welchen gehorcht wird, mehrere verschiedene Anlässe, welche Gehorsamsgewohnheiten in Bewegung setzen. Die mehreren Gehorsamsanlässe stehen alsdann immer in einem bestimmten Verhältnis zu einander, welches entweder eine Nebenordnung oder eine Unterordnung begründet. Die Gehorsamsgewohnheit kann so gestaltet sein, daß die Vorstellung der förmlichen Anordnung nicht schon allein und für sich, sondern erst in Verbindung mit weiteren Vorstellungen den Gehorsamsanlaß bildet, in Verbindung mit der Vorstellung, daß ihr Inhalt sich auf eine gewisse Art von Lebensverhältnissen, eine gewisse Klasse von Personen, einen gewissen geographischen Bezirk oder dergl. beziehe. Die Behörde, welche in einem solchen Anlaß steht, wirkt dann nur für ein gewisses Lebensverhältnis, eine gewisse Personenklasse, einen gewissen Bezirk durch ihre Anordnungen Gehorsam: sie hat eine bestimmte Kompetenz. Wenn die Anordnung jeder der mehreren Behörden mit der Vorstellung eines anderen Lebensverhältnisses, einer anderen Personenklasse, eines anderen Bezirkes sich verbinden muß, um zu wirken, so hat jede Behörde eine andere Kompetenz. Hierdurch wird eine Nebenordnung der mehreren Behörden begründet. Eine Nebenordnung wird ferner begründet, falls die Gehorsamsgewohnheiten so gestaltet sind, daß die Gewohnheit, welche den Gehorsam gegenüber der einen Behörde wirkt, durch die Vorstellung eines Widerspruchs der anderen Behörde in ihrer Thätigkeit gehemmt wird. In Rom waltete ein solches Verhältnis zwischen den Beamten mit par potestas, den Amtskollegen, ob. Eine Überordnung wird begründet, wenn nur die

eine Behörde der anderen gegenüber derart den Gehorsamsanlaß beseitigen kann, nicht auch umgekehrt die letztere gegenüber der ersteren. Die erstere Behörde erscheint dann als die übergeordnete. Damit dieser Einfluß der höheren Behörde eintritt, genügt entweder die Wahrnehmung eines Widerspruches zwischen Anordnungen der höheren und der niederen Behörde schlechtweg oder es ist die Vorstellung einer förmlichen, ausdrücklich auf die Beseitigung des Gehorsams gegen die niedere gerichteten Erklärung der höheren Behörde erforderlich. Das letztere galt in Rom für die Beamten mit maior potestas im Verhältnis zu denen mit minor potestas[26]). Eine Überordnung wird endlich begründet, wenn die eine Behörde kompetent ist, der anderen Vorschriften für deren Amtsführung zu geben, wenn die vorgestellte Anordnung der höheren Behörde in Verbindung mit der Vorstellung, daß der Inhalt der Anordnung sich auf die Amtsführung der niederen Behörde beziehe, in den Individuen der niederen Behörde eine Gehorsamsgewohnheit auslöst. Auf einer so gestalteten Gewohnheit beruhte das Recht der römischen Magistrate mit maior potestas, den Magistraten mit minor potestas zukünftige Amtshandlungen untersagen zu dürfen[27]), nur daß der Anlaß der Gehorsamsgewohnheit hier allein bei einer verbietenden Anordnung, nicht bei einer gebietenden gegeben war. In unseren modernen Staaten umfaßt die Kompetenz der höheren Behörde gewöhnlich die der niederen, d. h., die Anordnungen der höheren Behörde wirken auf den nämlichen Gebieten wie die der niederen in den Unterthanen Gehorsam. Die Überordnung wird heute dadurch begründet, daß ein vorgestellter Widerspruch zwischen Anordnungen der höheren und der niederen Behörde schlechtweg die Gehorsamsgewohnheit der niederen gegenüber in den Unterthanen außer Thätigkeit setzt, und daß solche Anordnungen der höheren Behörde, welche sich auf die Amtsführung der niederen beziehen, in den Individuen dieser letzteren Behörde kraft einer Gewohnheit Gehorsam finden.

Meistens springt ein Gehorsamsanlaß in den Staaten positiv und negativ als der oberste heraus, positiv: indem die in demselben

---

26) sogen. Intercession. Mommsen, Römisches Staatsrecht, 2. Aufl., Bd. I, 1876, S. 253 ff.

27) sogen. Verbietungsrecht. Mommsen, a. a. O. S. 245 ff.

erlassenen Anordnungen sowohl in allen Unterthanen ohne Einschränkung auf eine bestimmte Kompetenz als auch bei allen Behörden, wenn sie sich auf deren Amtsführung beziehen, Gehorsam wirken, — negativ: indem widersprechende Anordnungen jeder anderen Behörde, wenn der Widerspruch von der Seele wahrgenommen wird, ihre Kraft, auf die Gehorsamsgewohnheiten einzuwirken, verlieren.

In einem weiteren Sinne, in welchem man unter Gesetz jede rechtsverbindliche Anordnung im Staate versteht[28]), entspricht dasselbe jedem überhaupt im Staate vorhandenen Gehorsamsanlaß. Gewöhnlich wird der Begriff Gesetz nur auf den obersten Gehorsamsanlaß im Staate bezogen. Demgemäß verstehe ich unter gesetzlichem Rechte schlechtweg alle rechtlichen Gehorsamsgewohnheiten des Staates, unter gesetzlichem Recht im engeren eigentlichen Sinne diejenige Rechtsgewohnheit, welche durch den obersten Gehorsamsanlaß im Staate in Bewegung gesetzt wird.

Nachdem das Vorkommen der gesetzlichen Gehorsamsgewohnheiten im Allgemeinen anschaulich gemacht ist, gehe ich daran, den Anlaß und die Handlung dieser Gewohnheiten näher zu betrachten.

Der Gehorsamsanlaß besteht in der Vorstellung, daß gewisse Individuen die Laute ausgesprochen, die Reihenfolge der Schriftzeichen festgestellt haben und bei dieser Aussprache und Feststellung in gewisser Weise verfahren sind. Eine erschöpfende Aufzählung der Anlaßformen, welche die Gehorsamsgewohnheiten aufweisen und aufgewiesen haben, würde den Rahmen dieser Untersuchung weit überschreiten. Ich beschränke mich darauf, die beiden gegensätzlichen Formen darzulegen, in welchen der dem Gesetz im eigentlichen Sinne entsprechende oberste Gehorsamsanlaß auftritt. Bei der einen Form steht ein Individuum, welches durch Abstammung aus einer gewissen Familie, durch Wahl, Orakel oder eine Verbindung dieser Merkmale bestimmt wird, seine ganze Lebenszeit hindurch ausschließlich im obersten Gehorsamsanlaß. Diese Form hat der oberste Gehorsamsanlaß in der Monarchie. Bei der konträren Form, welche sich in der Demokratie findet, stehen der Zahl nach sehr viele Individuen im obersten Gehorsamsanlaß, und diese

28) Roth, System des deutsch. Privatr., Bd. I, 1880, S. 248; Bruns in Holtzendorff's Encyklop., 5. Aufl., 1890, S. 436.

wechseln in concreto fortwährend. Hier wird nämlich die gesetzliche Reihenfolge der Schriftzeichen oder Laute unter Beobachtung einer größeren oder geringeren Zahl von Formalitäten in Versammlungen festgestellt, zu denen die Staatsangehörigen, welche gewisse Merkmale hinsichtlich des Geschlechts, des Alters, der Wehrfähigkeit, Selbständigkeit oder dergl. an sich tragen, zusammentreten. Entscheidet sich eine gewisse Zahl der zusammengekommenen Staatsangehörigen für eine bestimmte Reihenfolge der Schriftzeichen oder Laute, so ist diese Gesetz. Alle Individuen also, welche zu jenem durch Geschlecht, Alter u. s. w. bestimmten Kreise gehören, haben hier die Möglichkeit, in den Gehorsamsanlaß zu treten, wenn sie unter Beobachtung der üblichen Formalitäten zu einer gewissen Zeit an einem gewissen Orte erscheinen und sich in gewisser Zahl für eine bestimmte Reihenfolge der Schriftzeichen oder Laute entscheiden. Dadurch, daß der Kreis der Individuen, welche die Möglichkeit haben, also in den obersten Gehorsamsanlaß zu treten, enger wird, sich womöglich auf die Angehörigen eines gewissen Standes, einer gewissen Kaste oder gewisser Familien einschränkt, nähert sich die demokratische Anlaßform der monarchischen. Auch kann der oberste Gehorsamsanlaß aus einer Verbindung der hiernach möglichen Formen zusammengesetzt sein, es kann ein Individuum für seine Lebenszeit zusammen mit einer Versammlung, es können mehrere, aus verschiedenen Kreisen gebildete Versammlungen im obersten Gehorsamsanlaß stehen u. s. w. Es dürfte nicht schwer sein, an der Hand der vorstehenden Ausführungen die übrigen Formen des obersten Gehorsamsanlasses und die Formen untergeordneter Gehorsamsanlässe zu entwickeln.

Die Entstehung des Anlasses in der Seele braucht nicht auf unmittelbarer Wahrnehmung der Thatsachen zu beruhen, welche in der Außenwelt dem Anlaß entsprechen, also der förmlichen Entstehungsthatsachen des Gesetzes. Der Anlaß kann eben so gut durch Wahrnehmung einer schriftlichen oder mündlichen Mittheilung dieser Thatsachen oder durch bloße Erinnerung erzeugt werden. Das Gesetz selbst pflegt in seinem Eingange eine kurze Mittheilung der Thatsachen zu enthalten, deren Vorstellung in der Seele den Anlaß wach ruft. Entsprechendes wie für den Anlaß gilt auch für die konkreten Bestandtheile des Vorstellungsganzen, welches den Gehorsamsanlaß im einzelnen Falle enthält. Diese konkreten

Beſtandtheile werden durch die Vorſtellungen gebildet, die der konkreten Reihenfolge der Schriftzeichen oder Laute entſprechen, mit anderen Worten: durch die Sätze, Regeln, Normen, welche die Seele dem Geſetz entnimmt. Es iſt nicht erforderlich, daß dieſe Sätze unmittelbar durch die Verarbeitung der wahrgenommenen Zeichenfolge des Geſetzes in der Seele entſtehen. Sie können ebenſo gut erſt durch eine weitere Verarbeitung gewonnen werden, welche die Seele mit jenen unmittelbar aus dem Geſetz geſchöpften Vorſtellungen vornimmt. Die Gewinnung ſolcher mittelbaren Sätze iſt vornehmlich das Geſchäft der Rechtskundigen. Doch bilden ſich nicht ſelten auch in den übrigen Individuen des Staates ſolche mittelbaren Sätze, hier gewöhnlich mehr oder weniger unbewußt. So erzeugt die geſetzliche Regel, daß die Richter bei Vornahme gewiſſer Handlungen ſtrafen ſollen, in den Unterthanen unvermerkt die mittelbare Norm, ſich dieſen Handlungen entgegengeſetzt zu verhalten[29]). Sind die mittelbaren oder unmittelbaren Normen einmal auf Grund der Wahrnehmung des Geſetzestextes in einem oder einigen Individuen entſtanden, ſo können ſie von dieſen durch ſchriftliche oder mündliche, nicht ſtreng an den Text angeſchloſſene Mittheilung in den anderen Individuen des Staates hervorgerufen werden. Eine ſolche Mittheilung wird namentlich angewendet, um die mittelbaren Normen, welche erſt durch eingehenderes Studium des Geſetzes gewonnen werden können, weiter zu verbreiten. Die Zeichenfolge der Mittheilung iſt dann ſo gewählt, daß die mittelbare Norm bei Wahrnehmung dieſer Zeichenfolge unmittelbar, ohne beſondere Anſtrengung, von der Seele wieder erzeugt werden kann. Auch durch bloße Erinnerung vermag die Seele unmittelbare oder mittelbare Normen des Geſetzes, die einmal in ihr entſtanden ſind, ſich wieder in der Vorſtellung lebendig zu machen: Um die geſetzliche Gehorſamsgewohnheit auszulöſen, genügt es, daß die Seele an einer konkreten Vorſtellungsverbindung, einem Satze, den Gehorſamsanlaß wahrnimmt. Auf welche Weiſe dieſes Vorſtellungsganze in die Seele gelangt, iſt gleichgültig.

Der Anlaß wirkt die Gehorſamshandlung überhaupt, der ihn begleitende Satz giebt der Gehorſamshandlung ihre konkrete Geſtalt. Die Gehorſamshandlung bedarf einer beſonderen Betrachtung nur

29) Dies ſind die Binding'ſchen Normen.

bei den Individuen, welche Behörden bilden und selbst wieder in Gehorsamsanlässen stehen. Wenn die Individuen, auf deren Anordnungen die Merkmale eines untergeordneten Gehorsamsanlasses zutreffen, eine solche Anordnung erlassen wollen, so beachten sie vor Allem die bereits erlassenen Anordnungen derjenigen übergeordneten Behörde, welche dazu kompetent ist, ihnen für ihre Amtsführung Befehle zu geben. Schreibt ein solcher Befehl eine bestimmte Amtsthätigkeit der untergeordneten Behörde vor, so wird diese Thätigkeit kraft der Gehorsamsgewohnheit, die sich alsdann in den Individuen der untergeordneten Behörde auslöst, beobachtet. Doch äußern in den leitenden Individuen auch solche gesetzlichen Anordnungen eine gewisse Wirkung, welche sich nicht gerade auf ihre Amtsthätigkeit beziehen und nicht gerade von einer übergeordneten Behörde erlassen sind. Die rechtlichen Gehorsamsgewohnheiten, welche überhaupt im Staate bestehen, sind bei allen Individuen desselben allgemein. Sie bestehen im Allgemeinen auch in denjenigen Individuen, welche jeweils gerade Behörden bilden; sie werden in diesen Individuen wie in den übrigen in Bewegung gesetzt. Nun enthält der Erlaß jeder Anordnung, welche bereits ergangenen Anordnungen anderer Behörden widerspricht, eine Nichtachtung der letzteren. Indem die Gehorsamsgewohnheiten auch in Individuen leben und thätig werden, welche Beamte sind, wirken sie darauf hin, daß die beamteten Individuen solche Nichtachtung der bestehenden gesetzlichen Anordnungen vermeiden, daß sie bei dem Erlaß ihrer Anordnung prüfen, ob der logische Gehalt derselben nicht mit anderen bereits bestehenden gesetzlichen Anordnungen im Widerspruche steht, und daß sie den Antrieb zum Erlaß der Anordnung in dieser Gestalt unterdrücken, wenn sich ein solcher Widerspruch ergiebt. Die Nebenordnung der Behörden berührt diese Wirksamkeit der Gehorsamsgewohnheiten gar nicht, die Überordnung nur in einem Falle, nämlich dann, wenn die Überordnung darin besteht, daß jeder Befehl der höheren Behörde widersprechenden Befehlen der niederen die Kraft nimmt, die Gehorsamsgewohnheit auszulösen. Alsdann hemmt die Vorstellung des Befehles der höheren Behörde die Thätigkeit der Gehorsamsgewohnheit gegenüber der niederen Behörde. Wollen nun die Individuen der höheren Behörde ihrerseits einen Befehl erlassen, so stellen sie sich bei den vorangehenden Erwägungen die beabsichtigte Anordnung mehr oder

weniger deutlich vor. Damit entsteht aber in ihrer Seele gerade das Vorstellungsganze, welches jene Hemmung herbeiführt. Die Individuen der höheren Behörde fühlen sich also, wenn sie den Erlaß einer Anordnung ihrerseits erwägen, gegenüber den bestehenden Anordnungen der untergeordneten Behörde frei. Diejenigen Individuen, welche im Begriffe sind, im obersten Gehorsamsanlaß eine Anordnung zu erlassen, fühlen sich demgemäß frei gegenüber allen bestehenden Anordnungen überhaupt. Wird der oberste Gehorsamsanlaß durch jede beliebige, irgendwie und irgendwo in die Erscheinung getretene Äußerung eines Monarchen erzeugt, so fühlt der Monarch sich folgerecht zu jeder Zeit allen bestehenden gesetzlichen Anordnungen gegenüber frei: er ist legibus solutus.

Wenn die dem Gesetz gehorsamende Gewohnheitshandlung in einzelnen Fällen ausbleibt, ja selbst wenn alle Unterthanen und Behörden dem Gesetz im einzelnen Fall den Gehorsam versagen, so berührt dies das Fortbestehen des gesetzlichen Rechtes nicht, sofern nur sein Wesen, die allgemeine Gehorsamsgewohnheit, die verknüpfende Eigenschaft der Seele, erhalten bleibt. Sofern diese fortbesteht, ist jede Abweichung vom Gesetz Unrecht, mag sie auch in noch so großem Umfange eintreten.

Enthält der Gehorsamsanlaß nicht ein bloßes Individualgebot, ein Gebot für einen einzelnen Fall, sondern auf wiederkehrende Gestaltungen der Außenwelt anwendbare Regeln, so wird die Gehorsamsgewohnheit fähig, neue selbständige Gewohnheiten aus sich herauszusetzen, welchen alsdann Allgemeinheit inne wohnt, weil sie unmittelbar durch die Gehorsamsgewohnheit, mittelbar also durch deren allgemeine Ursache geschaffen sind. Durch die fortgesetzte Wiederholung der gleichen Handlung bei der gleichen Gelegenheit verknüpft sich die Wahrnehmung dieser Gelegenheit in der Seele mit dem Antriebe zu dieser Handlung. Ein Unterschied zwischen den also entstandenen Gewohnheiten und denjenigen, welche sich ohne den Anstoß des Gesetzgebers, auf rein gewohnheitsrechtlichem Wege entwickelt haben, besteht, abgesehen von der Entstehungsart, nicht. Ganze Gesetzbücher können, wie in Deutschland die germanischen Volksrechte nach Zerfall des fränkischen Reiches, im Laufe der Jahrhunderte auf solche Weise in selbständige, vom Gewohnheitsrechte nicht mehr scheidbare Gewohnheiten übergehen und selbst vollkommen

Rechte geradehin zuwider. Auch dann bleibt den Individuen der Masse des Volks aus wirthschaftlichen Gründen doch nichts Anderes übrig, als ihre Handlungsweise — anfangs vielleicht widerstrebend — dem Gerichtsgebrauche anzupassen und damit den Grund zu neuen Gewohnheiten zu legen, die mit den heimischen in gar keiner Verbindung stehen. So geschah es bei der Reception des römischen Rechtes in Deutschland. Die Menge der neuen Gewohnheiten im Volke, welche der in Deutschland eindringende Gerichtsgebrauch, nach den Normen römischer Gesetze zu urtheilen, schuf, war so bedeutend, daß für die Ausübung eines großen Theiles der alten deutschen Rechtsgewohnheiten gar kein Raum mehr blieb. Dieselben erloschen durch dauernden Nichtgebrauch.

Die Gewohnheiten, deren Entstehung ein Gerichtsgebrauch veranlaßt hat, sind soweit allgemein, wie unmittelbar ein und derselbe Gerichtsgebrauch oder mittelbar ein und dieselbe Ursache des Gerichtsgebrauchs auf die Individuen eingewirkt hat.

Die durch Gerichtsgebrauch geschaffenen allgemeinen Gewohnheiten entsprechen dem Juristenrecht der herrschenden Lehre. Sofern der Gerichtsgebrauch auf dem Einfluß der Theorie beruht, sofern also mittelbar die Theorie die Gewohnheiten im Volke hervorgerufen hat, lassen sich dieselben als Recht der Theorie bezeichnen.

Auch der Gerichtsgebrauch kann, wie das Gesetz, bereits bestehende Gewohnheiten aufnehmen, an bestehende Gewohnheiten sich anschließen. Dies geschieht, indem Gedankenoperationen gerichtsgebräuchlich werden, welche so gestaltet sind, daß die Gerichte verurtheilende Erkenntnisse erlassen, wenn eine bestehenden Gewohnheiten widersprechende Handlungsweise im Processe erbracht ist. —

Aus gewaltsamem Umsturz und aus vertragsmäßiger Festsetzung kann auf die Art, welche bei der Entwickelung der Gehorsamsgewohnheiten dargelegt ist, jede andere allgemeine Gewohnheit, Recht überhaupt, sich bilden. Die Rechtsbildung kann endlich auf einer Verbindung der bisher erörterten Entstehungsarten beruhen. Die Fortbildung des römischen Rechts durch den Prätor beruht auf einer vereinten Wirkung des Gesetzes im weiteren Sinne und des Gerichtsgebrauches. Die Anordnungen und Ankündigungen des Prätors fanden zunächst nur für seine Amtszeit kraft einer entsprechenden Gehorsamsgewohnheit Beachtung. Diejenigen Ankündigungen, welche fortgesetzt jeder nachfolgende Prätor in seinem

Edikt wiederholte, deren Aufnahme in das Edikt zum Gerichtsgebrauch geworden war, übten einen tieferen Einfluß auf das Verkehrsleben aus und erzeugten schließlich neue und dauernde allgemeine Gewohnheiten. Bei der Entstehung des Norddeutschen Bundes und des heutigen Deutschen Reiches beobachteten wir ein Zusammenwirken von Vertrag und Gesetz.

Die Entstehungsarten des Rechtes staatlicher Gemeinschaften sind damit erschöpft. Ist es mir gelungen, alles aus diesen Entstehungsarten fließende Recht im reinen Verlaufe seiner Übung und Befolgung auf allgemeine Gewohnheiten zurückzuführen, so habe ich bewiesen, daß das Recht staatlicher Gemeinschaften überhaupt in diesem Verlaufe in allgemeinen Gewohnheiten besteht[31]). Es ist nicht erforderlich, dem Begriff der allgemeinen Gewohnheit das Merkmal der Geltung, der verbindenden Kraft, der Positivität[32])

---

31) Vgl. Ihering, Zweck im Recht, 2. Aufl., Bd. I, 1884, S. 19 f.: „Die Befolgung der Gesetze geschieht von Seiten der meisten Menschen rein gewohnheitsmäßig ohne alle Reflexion; zur Klarheit über das Warum gelangen sie regelmäßig erst dann, wenn sie in Versuchung gerathen, das Gesetz zu übertreten." S. 535: „Du bewegst Dich gewohnheitsmäßig ohne Dir dessen bewußt zu sein in den Bahnen, die das Gesetz Dir vorzeichnet, und nur, wo ein Versehen, eine Übereilung oder die Leidenschaft Dich fortgerissen, nimmst Du an dem Widerstande, den das Gesetz Dir leistet, die Schranken wahr, in die es Dich eingeschlossen hat." Unter Gesetz ist hier wohl Recht überhaupt zu verstehen. Auch Schuppe, Das Gewohnheitsrecht, 1890, welcher sonst die Rechtsüberzeugung als Geltungsgrund des Rechtes vertheidigt, sieht sich S. 77 genöthigt, anzuerkennen, daß bei der Befolgung der staatlichen Ordnungen, „namentlich bei den komplicirten, gefestigten Organisationen der Gegenwart, Beispiel und Gewöhnung von Kindheit auf der erste äußerliche Faktor sind, so daß Niemand mehr in die Lage kommt, zu überlegen, ob er die bestehende Centralgewalt anerkennen solle und wolle." Sch. bestreitet aber, daß diese Mächte allein ausreichen, um unsere Staatswesen bestehen zu lassen, und daß sie jemals ausgereicht haben, um sie entstehen zu lassen. Ich behaupte weder, daß die Gewohnheit in jedem Falle allein und für sich Ursache der Rechtsübung ist (S. 18, 68), noch daß die staatlichen Ordnungen allein durch Gewohnheit entstanden sind (S. 29 ff. 74). Wenn Sch. a. a. O. S. 103 nicht begreift, wie bloße Gewohnheit an und für sich etwas, was noch nicht Recht war, zum Rechte machen kann, so beruht dies auf der vorgefaßten Begriffsbestimmung des Rechts, von welcher Sch. ausgeht.

32) Daß die Geltung ein wesentliches Merkmal des Rechts sei, ist wohl immer als selbstverständlich angesehen worden. Affolter, Untersuchungen über das Wesen des Rechts, 1889, S. 21 f, leugnet es, weil dem Rechte, d. i.

noch besonders hinzuzufügen. Daß die allgemeine Gewohnheit wirklich besteht, liegt schon in ihrem Begriffe. Eine auf die Befolgung der Gewohnheit hinwirkende psychische Kraft ist gleichfalls mit ihrem Begriffe gegeben: die Gewohnheit besteht gerade in einer dauernden Eigenschaft der Seele, welche bei Wahrnehmung der Gewohnheitsgelegenheit zur Vornahme der Gewohnheitshandlung hindrängt. Es folgt endlich aus dem Wesen der Gewohnheit von selbst, daß die Gewohnheitshandlung unabhängig von vorgängigen Überlegungen, allein kraft des Bestehens der Gewohnheit vorgenommen wird.

Mit der allgemeinen Gewohnheit ist jedoch nur das genus proximum des Rechts bestimmt. Es fehlt noch die differentia specifica, das Merkmal, welches die rechtlichen allgemeinen Gewohnheiten von einfachen allgemeinen Gewohnheiten unterscheidet. Die Merkmale im reinen Verlaufe der Übung und Befolgung des Rechtes sind erschöpft. Nur die Betrachtung des Rechts im Zustande der Verletzung kann das unterscheidende Merkmal liefern.

Zweiter Theil.

Das Recht staatlicher Gemeinschaften im Zustande der Verletzung.

Wo unzweifelhaftes objektives Recht, d. h. eine unzweifelhafte Rechtsgewohnheit besteht, da treten nach der Verletzung des Rechts, d. i. einer Abweichung von der Rechtsgewohnheit, in höher entwickelten Kulturperioden regelmäßig Thätigkeiten gewisser Personen auf, welche schließlich mit der Anwendung physischer Gewalt an dem Rechtsbrüchigen zu enden pflegen. Diese Thätigkeiten zeigen

---

dem Rechtssatze, inhaltlich weder durch den Zutritt der Geltung etwas hinzugefügt noch durch den Wegfall der Geltung etwas genommen werde. Mit Recht bezeichnet Heilinger, Recht und Macht, 1890, S. 27, dies als unbegreiflich. Auf die Widersprüche, in welchen A. sich in obiger Schrift bewegt, weist H. a. a. O., S. 27, 28 hin. In Grünhut's Ztschrft. f. d. Privat- u. öffentl. Recht, Bd. XVIII, 1891, beruft A. S. 727 Anm. sich auf Laband. Daraus, daß L. das Gesetz in Gesetzesinhalt und Gesetzesbefehl zerlegt, scheint A. zu schließen, daß L. den Gesetzesbefehl und damit die Geltung des Gesetzesinhaltes aus dem Wesen des Gesetzes ausscheidet!

sich jedoch nur regelmäßig, nicht unbedingt. Bleibt der Rechtsbruch unentdeckt, so fehlen sie ganz, irren sich die Richter, so enden sie, ohne daß der Rechtsbrüchige physische Gewalt erleidet. Daher ist das Auftreten dieser Thätigkeiten schlechtweg nicht geeignet, ein begriffliches Merkmal des Rechtes im Zustande seiner Verletzung abzugeben. Dennoch muß das Merkmal, welches die rechtlichen Gewohnheiten von den einfachen scheidet, an diesen Thätigkeiten zu finden sein. Denn sie bilden die einzige Erscheinung, welche nach der Verletzung des Rechtes zu beobachten ist.

Fasse ich die nach dem Rechtsbruche auftretenden Thätigkeiten näher in das Auge, so zeigt sich, daß sie stets fortlaufende Reihen bilden. Zwar führen die Reihen nicht immer zu demselben Ergebnis; nur einige enden mit physischer Gewalt an dem Rechtsbrüchigen, andere mit dem Urtheil der Richter, daß die rechtliche Gewalt nicht zulässig sei, oder mit noch anderen Entscheidungen. Auch die zu demselben Ergebnis hinführenden Reihen sind im Einzelnen von der größten Mannigfaltigkeit. Immer aber hängen die einzelnen Thätigkeiten dieser Reihen in der Weise zusammen, daß die vorhergehende Thätigkeit jedesmal die Voraussetzung für die Vornahme der nächstfolgenden bildet. Den Inbegriff aller solcher Reihen von Thätigkeiten, welche nach einem gegebenen Rechtszustande möglich sind, nenne ich Proceß.

Sofern der Proceß durch Gesetz eingeführt ist, beruhen alle Thätigkeiten desselben in der ersten Zeit auf der Wirkung der einen allgemeinen Gewohnheit, dem Gesetz zu gehorchen. Die Neubildung selbständiger, den einzelnen Proceßthätigkeiten entsprechender Gewohnheiten aus der Gehorsamsgewohnheit heraus (siehe S. 39), pflegt hier sehr rasch vor sich zu gehen, weil die Individuen, welche einen durch Gesetz eingeführten Proceß zur Ausführung bringen, zumeist einen Lebensberuf daraus machen und daher die einzelnen Thätigkeiten sehr häufig zu wiederholen haben. Sofern der Proceß auf gewohnheitsrechtlichem Wege sich gebildet hat, bestehen von vorneherein verschiedene allgemeine Gewohnheiten, welche den einzelnen Thätigkeiten des Processes entsprechen und diese erzeugen. Dasselbe gilt, sofern Theile des Processes durch Gerichtsgebrauch geschaffen sind; der Gerichtsgebrauch ist selbst eine Gewohnheit. Jetzt wird ersichtlich, daß Gewohnheiten, verknüpfende Eigenschaften der Seele, den Zusammenhang zwischen

den auf einander folgenden Thätigkeiten vermitteln. Jede Proceßthätigkeit stellt sich nunmehr als eine Gewohnheitshandlung dar. Die Vornahme der vorhergehenden Gewohnheitshandlung wirkt bei ihrer Wahrnehmung auf eine Gewohnheit und löst dadurch die nächstfolgende Gewohnheitshandlung aus. Wenn die nächstfolgende Thätigkeit auf gesetzlicher Gehorsamsgewohnheit beruht, so entsteht bei der Wahrnehmung der vorhergehenden Thätigkeit oder ihres Ergebnisses vermöge der Erinnerung die Vorstellung, daß das Gesetz in dem wahrgenommenen Falle die folgende Thätigkeit anordne, und diese Vorstellung enthält den Anlaß. Wenn eine selbständige Gewohnheit die nächstfolgende Thätigkeit wirkt, so enthält die Wahrnehmungsvorstellung der vorhergehenden Thätigkeit oder ihres Ergebnisses — allein oder zusammen mit anderen Vorstellungen (siehe S. 63 ff.) — selbst den Anlaß.

Auch die Erwägungsvorgänge in den richtenden Individuen erhalten durch Gewohnheiten eine feste Regelung und damit erst ihre processualische Natur. Nur läuft die Gewohnheitshandlung hier nicht in eine Bewegung der Glieder aus, sondern lediglich in eine bestimmte Bewegung im Denken. Das Ergebnis dieser Bewegung ist die Gewinnung einer gewissen Vorstellung, und diese Vorstellung wiederum löst die nächstfolgende Gewohnheitshandlung des Processes aus. Um dies zu erläutern, gehe ich von den Bewegungen im Denken aus, welche vor dem Erlaß verurtheilender Erkenntnisse in der Seele der Richter stattfinden.

In den Zeiten der vorwiegenden Herrschaft des gesetzlichen Rechtes beruhen die verurtheilenden Erkenntnisse vornehmlich auf der Gehorsamsgewohnheit gegen das Gesetz. Für den Strafproceß macht das oberste Gesetz von seiner Kompetenz Gebrauch, wie allen Beamten so auch den Richtern als Spruchbeamten Vorschriften über ihre Amtsthätigkeit zu geben. Durch einen Befehl, der im obersten Gehorsamsanlaß ergangen ist, wird den Richtern aufgegeben, im Strafprocesse die rechtliche Gewalt anzuordnen, wenn gewisse Handlungen erwiesen sind. Kraft der Gehorsamsgewohnheit gegen das Gesetz prüfen alsdann die Richter, ob diese Handlungen erbracht sind, und ordnen, wenn sie erbracht sind, kraft der nämlichen Gehorsamsgewohnheit die rechtliche Gewalt an[1]). Die-

1) In derselben Weise, wie heute der Richter im Strafprocesse nach dem

ſelbe Wirkung tritt ein, wenn das oberſte Geſetz nicht ſelbſt Vorſchriften über die Spruchthätigkeit der Richter giebt, ſondern die Richter nur anweiſt, ſolchen Vorſchriften untergeordneter Behörden zu gehorchen. Erlaſſen die untergeordneten Behörden demnächſt derartige Vorſchriften, ſo gehorſamen die Richter denſelben kraft der Gewohnheit, dem oberſten Geſetz zu gehorchen. Die Geſetze, welche die Richter im Civilproceſſe benutzen, ermangeln gewöhnlich einer unmittelbaren Beziehung auf die richterliche Spruchthätigkeit. Sie ergeben von vorneherein nur Regeln für das Verhalten der Unterthanen. Hier beruhen die verurtheilenden Erkenntniſſe auf einer mittelbaren Norm. Die Seele entnimmt nämlich unvermerkt jeder geſetzlichen Norm, mag ſie unmittelbar aus den Schriftzügen des Geſetzes geſchöpft oder ſelbſt ſchon mittelbar aus denſelben abgeleitet ſein, die weitere Norm, daß bei einer Verletzung jener rechtliche Gewalt zuläſſig ſei[2]). Das Daſein dieſer mittelbaren Norm wird gerade dadurch bewieſen, daß die ausdrückliche Anordnung der rechtlichen Gewalt in Civilgeſetzen regelmäßig fehlt. Denn der Geſetzgeber wäre nicht in der Lage, von der ausdrücklichen Anordnung abzuſehen, wenn dieſe mittelbare Norm für die Spruchthätigkeit der Richter nicht ohnehin entſtünde, da der weſentlichſte Zweck bei Aufnahme einer Norm in das Civilgeſetz gerade darin beſteht, bei ihrer Verletzung die Zuläſſigkeit der rechtlichen Gewalt für den Richter außer Zweifel zu ſetzen[3]). Vermittelſt der be-

---

oberſten Geſetze verfährt, verfuhr im Civilproceſſe der römiſchen Republik der iudex nach dem Geſetz des Prätors, das ihm in der formula gegeben war.

2) Wir beobachten hier alſo ein umgekehrtes Verhältnis wie bei den Strafgeſetzen. Bei den Strafgeſetzen iſt die Norm für die richterliche Spruchthätigkeit den geſetzlichen Schriftzügen unmittelbar zu entnehmen; die Norm für das Verhalten der Unterthanen entſteht mittelbar. Bei den Civilgeſetzen iſt die Norm für das Verhalten der Unterthanen den geſetzlichen Schriftzügen unmittelbar zu entnehmen; die Norm für die richterliche Spruchthätigkeit entſteht mittelbar.

3) Der Geſetzgeber muß umgekehrt den Ausſchluß der rechtlichen Gewalt für den Civilproceß ausdrücklich hervorheben, wenn die Zuläſſigkeit derſelben im einzelnen Fall nicht in ſeiner Abſicht liegt. So bemerkt das preußiſche Allgemeine Landrecht im § 240, Tit. 2, Theil II ausdrücklich, daß über den Anſpruch der Kinder gegen die Eltern auf Ausſtattung kein Proceß zugelaſſen werden ſoll. Ohne ſolchen ausdrücklichen Ausſchluß würden die Richter jene mittelbare Norm wie ſonſt aus dem Geſetze entnehmen, den Proceß zulaſſen und Exekution verhängen.

ſchriebenen mittelbaren Norm ſetzt die Vorſtellung, daß von einer geſetzlichen Regel abgewichen ſei, in den Richtern des Civilproceſſes die Gehorſamsgewohnheit gegen das Geſetz zum Erlaß verurtheilender Erkenntniſſe in Bewegung. In Zeiten, in welchen das Geſetz die überwiegende Maſſe des Rechts in ſich aufgenommen hat, ſind andere Verknüpfungen der Seele als Gehorſamsgewohnheiten gegen das Geſetz und etwa aus ihr entſtandene ſelbſtändige Gewohnheiten in den proceſſualiſchen Denkthätigkeiten der Richter bei Erlaß der verurtheilenden Erkenntniſſe kaum zu finden. Selbſt der Gerichtsgebrauch pflegt in ſolchen Zeiten nur eine zur ſelbſtändigen Gewohnheit gewordene Operation mit geſetzlichen Normen zu ſein, die anfangs auf der geſetzlichen Gehorſamsgewohnheit beruhte. Vielleicht ließen die Richter des römiſchen Staates noch in ſpäteren Zeiten im Civilproceſſe gerichtsgebräuchlich in gewiſſen Fällen einen Vergleich der im Proceß erbrachten Handlungen mit Gewohnheiten als ſolchen für die Entſcheidung maßgebend ſein, indem ſie bei Abweichungen von den Gewohnheiten rechtliche Gewalt verhängten. Wenigſtens ſprechen die Quellen des römiſchen Civilrechts vielfach davon, daß der Richter nach »consuetudines« zu urtheilen habe[4]) und es dürfte nicht über allen Zweifel erhaben ſein, ob der consensus omnium und die ratio, welche bisweilen neben der consuetudo erwähnt wird[5]), die Annahme rechtfertigt, die Römer hätten wie die heutigen Juriſten neben der ſchlichten consuetudo, um ſie im Proceſſe zu berückſichtigen, noch die „rechtliche Überzeugung“ oder dergl. erfordert. Heute wird dieſes Erfordernis jedenfalls allgemein aufgeſtellt, und daher iſt die Berückſichtigung von Gewohnheiten als ſolchen, auch wo ſie nicht ſchon vom Geſetze verboten wird, heute ſo gut wie ausgeſchloſſen, nämlich nur bei laxer Behandlung jenes Erforderniſſes möglich. Denn gerade bei feſt eingewurzelten Gewohnheiten des bürgerlichen Lebens ſind die von der herrſchenden Lehre verlangten Vorgänge in der Vorſtellung niemals vorhanden (vergl. S. 18)[6]).

---

4) l. 32 ssq. D. de legibus 1, 3.

5) Der consensus in l. 32 i. f., l. 35, D. de legibus, die ratio in l. 39, eod. l. 1, 2 C. quae sit longa consuetudo 8, 53.

6) Freilich wird die Berückſichtigung der Gewohnheiten, welche man durch die Aufſtellung nicht vorhandener Erforderniſſe abweiſt, gerade wo ſie am wichtigſten iſt, nämlich im Handelsverkehr, auf eine andere Weiſe wieder zugelaſſen.

Über die Zustände unter der überwiegenden Herrschaft des Gewohnheitsrechtes ist nähere Kunde aus den älteren Entwickelungsperioden der germanischen Völker auf uns gekommen. Hier treffen wir den Gerichtsgebrauch, die Rechtshändel nach den im Volke lebenden Gewohnheiten zu entscheiden, soweit nicht ein Gesetz oder sonst etwas Geschriebenes zur Hand war, in voller Blüthe. Die Richter prüften, ob die im Proceß erbrachten Handlungen mit den herrschenden Gewohnheiten im Einklang standen, und erließen Entscheidungen, welche geeignet waren, physische Gewalt auszulösen, wenn sich eine Abweichung ergab. Nun haben die Richter ohne Frage nicht bei einer Verletzung jeder, auch der gleichgültigsten Gewohnheit des täglichen Lebens rechtliche Gewalt zugelassen oder angeordnet, sondern nur bei gewissen Gewohnheiten oder bei Gewohnheiten gewisser Art. Der Gerichtsgebrauch muß also eine dem entsprechende Gestalt gehabt haben. Es müssen gewisse verknüpfende Eigenschaften der Seele im Volke lebendig gewesen sein, welche darauf hinwirkten, daß die Volksgenossen, wenn sie als Richter thätig waren, bei der Wahrnehmung von Verletzungen bestimmter Gewohnheiten oder Gewohnheiten bestimmter Art rechtliche Gewalt anordneten. Diese verknüpfenden Eigenschaften der Seele schlummern in den Völkern bis auf den heutigen Tag. Sie äußern sich auch heute noch, wenn das Volk durch unmittelbare Wahrnehmung einer Rechts- d. h. einer Gewohnheitsverletzung ansichtig wird, welche geeignet ist, diese Verknüpfungen in Erregung zu setzen. Dieselben brechen alsdann nicht selten mit so elementarer Gewalt hervor, daß alle bestehenden Gehorsamsgewohnheiten zum Schweigen gebracht und die Übelthäter den sie schützenden Staatsbeamten zum Trotz kurzer Hand gelyncht werden. Die nämlichen Verknüpfungen in der Seele sind es, welche die Gesetzgeber veranlassen, gewisse uralte Gewohnheiten ohne besondere Überlegung immer wieder in den Gesetzbüchern zur Anerkennung zu bringen, zu dem Zwecke,

---

Man entnimmt aus dem Art. 279 des Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuches gerichtsgebräuchlich die mittelbare Norm, daß allgemeine Gewohnheiten, welche bei Abschluß eines Vertrages beiden Kontrahenten bekannt waren, als Vertragsinhalt berücksichtigt werden müssen. Die Kenntnis der Kontrahenten ist bei fest eingewurzelten allgemeinen Gewohnheiten nicht schwer zu beweisen, oft schon ohne besonderen Nachweis aus den Umständen des Auftretens der Gewohnheit vom Richter als erbracht anzunehmen.

damit die Zulässigkeit der rechtlichen Gewalt bei ihrer Verletzung für die Richter außer Zweifel sei. Diese in jedem Volke schlummernden Verknüpfungen müssen auch in der römischen Volksversammlung wirksam gewesen sein, wenn sie in ihrer ungebundenen Weise, welche uns heute so auffallend erscheint, Strafjustiz übte. Sicherlich haben auch in den römischen Bürgern, welche in der Volksversammlung zu Gerichte saßen, seelische Verknüpfungen bei Verletzung gewisser Gewohnheiten sofort den Antrieb zur Verurtheilung erzeugt, so daß es alsdann besonderer Gründe bedurfte, um diesen Antrieb zu vernichten. Versagten in jenen Zeiten, in welchen die Thätigkeit des Gesetzgebers fehlte oder nur einen geringen Raum einnahm, auch die Gewohnheiten, so verglichen die Richter die im Processe erbrachten Handlungen wenigstens mit ihrem Gerechtigkeitsgefühl, um zu sehen, ob dieses mit der Verurtheilung in Harmonie war. Es ist eine tief im Menschen eingewurzelte Ideenassociation, daß der Richter gerecht, im Einklang mit dem Gerechtigkeitsgefühl, urtheilen müsse. Dieselbe löst sich in der Seele bei der Wahrnehmung aus, daß der Träger der Seele als Richter handle, wenn andere die processualischen Erwägungsvorgänge regelnde Gewohnheiten nicht thätig werden[7]).

Die Gewohnheiten, welche am Ende des Verfahrens zum Erlaß des verurtheilenden Erkenntnisses antreiben, beherrschen während des ganzen Verfahrens die Erwägungsvorgänge in den Richtern. Sie wirken kurz vor Erlaß des Urtheils die Prüfung, ob die Voraussetzungen desselben vorliegen, und in den weiter zurückliegenden Stadien des Verfahrens die Prüfung, welche der gesetzlichen oder gebräuchlichen Proceßthätigkeiten geeignet sein werden, diese Voraussetzungen am besten zu erbringen[8]). Der Anlaß der Gewohn-

7) In beschränktem Umfange findet sich das Urtheilen nach dem Gerechtigkeitsgefühl noch in entwickelteren Zeiten; so im röm. Formularproceß bei den bonae fidei iudicia, so heute überall, wo die Proceßordnungen die Beurtheilung eines Verhältnisses dem Ermessen des Richters überlassen oder aussprechen, daß der Richter eine Anordnung treffen „kann".

8) Die Erwägungsvorgänge im Prätor zur Zeit des Formularprocesses wurden durch die Gewohnheit, nach den beim Amtsantritte edicirten Ankündigungen zu verfahren, geleitet. Wurde dem Prätor ein Sachverhältnis vorgetragen, für welches er eine formula versprochen hatte, so gab er die formula vermöge dieser Gewohnheit. Vermöge derselben Gewohnheit mußte der Prätor regelmäßig die Ertheilung einer formula verweigern, wenn er in seinem Edikt keine für den vorgetragenen Fall passende fand.

heiten, auf welchen die processualischen Denkthätigkeiten am Anfange und im Verlaufe des Verfahrens beruhen, muß mithin genau derselbe sein wie der, welcher zuletzt die das Urtheil herbeiführenden Gewohnheiten auslöst; die nämlichen Vorstellungen, welche zuletzt den Anlaß zum Fällen der verurtheilenden Entscheidung bilden, müssen den Richtern schon am Anfange des Verfahrens gegeben sein und während des Verlaufes des Verfahrens erhalten bleiben, damit die zur Fortführung des Verfahrens erforderlichen Denkthätigkeiten geschehen. Dem entsprechend sehen wir den Proceß stets damit beginnen, daß die Voraussetzungen eines verurtheilenden Erkenntnisses mündlich oder schriftlich vor den Richtern behauptet werden.

Sofern in den richtenden Individuen entsprechend gestaltete Gewohnheiten in diejenige Bewegung gerathen, welche den Erlaß verurtheilender Erkenntnisse vorbereitet und herbeiführt, welche also mittelbar auf die Vollziehung physischer Gewalt hinwirkt, ist der Anlaß der Gewohnheit, Gewalt gegen die Person zu unterdrücken, nothwendig in Fortfall gekommen. Sofern der Anlaß der ersteren Gewohnheiten nicht gegeben ist, bleibt der Anlaß der letzteren in Kraft. Sofern also die Richter bei ihren Denkthätigkeiten nicht die Vorstellungen erhalten, welche die Vorbereitung und den Erlaß verurtheilender Erkenntnisse herbeiführen, wirkt in ihnen die Gewohnheit, Gewalt gegen die Person zu unterdrücken, fort. Kraft derselben brechen alsdann die Richter die weiteren Proceßthätigkeiten ab und sprechen durch Urtheil aus, daß die rechtliche Gewalt nicht zulässig sei.

Alle Erscheinungen, welche der Proceß darbietet, beruhen auf der besonderen Gestalt der die Proceßthätigkeiten herbeiführenden Gewohnheiten oder, wenn die gesetzliche Gehorsamsgewohnheit die Proceßthätigkeiten herbeiführt, auf der konkreten Gestalt der gesetzlichen Norm. Dies gilt, wie bereits erörtert, für die Erscheinung, daß die Proceßgewohnheiten, in Thätigkeit gesetzt, sich in einer Reihe auf einander folgend auslösen und, falls die Reihe der ausgelösten Gewohnheiten vollständig ist, mit physischer Gewalt an dem Rechtsbrüchigen enden. Dies gilt ebenso auch für die in höher entwickelten Zeiten stets auftretende Erscheinung, daß nur gewisse Personen dazu berufen sind, die zum Proceß gehörenden Thätigkeiten vorzunehmen. In Folge der Gestaltung der gesetzlichen

Regel oder des Anlasses der selbständigen Gewohnheit müssen alsdann die Individuen nicht nur den Rechtsbruch, sondern auch gewisse Eigenschaften an sich selbst — daß sie ordnungsmäßig zum Prätor, zum iudex, zum Schöffen, zum richterlichen Staatsbeamten, zum Geschworenen geworden seien — und die Thatsachen, welche ihre Zuständigkeit für den konkreten Rechtsbruch begründen, wahrnehmen, damit die Proceßthätigkeiten in ihnen ausgelöst werden. Die Wahrnehmung jener eigenen Eigenschaft wird allerdings sehr bald aus den psychischen Vorgängen ausgeschieden, wenn die Vornahme der Proceßthätigkeiten zum Lebensberufe des Individuum gehört. An die Stelle treten in einem solchen Individuum neue verknüpfende Eigenschaften der Seele, welche lediglich die Wahrnehmung der Vorgänge in der Außenwelt mit dem Antrieb zu den Proceßthätigkeiten verbinden. Die den Civil- und Strafproceß der Struktur nach scheidenden Merkmale beruhen gleichfalls allein auf der Gestaltung der gesetzlichen Regel oder des Anlasses der selbständigen Proceßgewohnheit. Wo der Strafproceß in reiner Gestalt auftritt, da genügt, um die erste Thätigkeit des Processes auszulösen, abgesehen von den Eigenschaften der thätigen Person und der Zuständigkeit, lediglich die Vorstellung, daß ein Rechtsbruch vorgefallen sei. Jede folgende Thätigkeit bis zur Ausübung der physischen Gewalt an dem Rechtsbrüchigen wird — wiederum abgesehen von den Eigenschaften der thätigen Person — lediglich durch die Wahrnehmung, daß die vorhergehende Thätigkeit geschehen sei, in Bewegung gesetzt. Bei dem Civilproceß in seiner reinen Gestalt muß, um die ersten Proceßthätigkeiten auszulösen, zu der Vorstellung, daß ein Rechtsbruch vorgefallen sei, noch die Wahrnehmung hinzutreten, daß ein gewisses Individuum durch Schriftzeichen oder mündliche Rede diese Vorstellung dem Richter unterbreitet und dabei mehr oder weniger Formalitäten beobachtet habe. Desgleichen setzt die Auslösung der Proceßthätigkeiten im Fortgang des Verfahrens an vielen Stellen neben der Ausführung der vorhergehenden Thätigkeit noch bestimmte Willensäußerungen eben desjenigen Individuum voraus, welches bei der Einleitung des Processes betheiligt sein mußte. Sind die Thätigkeiten des reinen Strafprocesses einmal in Bewegung gesetzt, so ist keine Thätigkeit des Rechtsbrüchigen mehr geeignet, auf den Verlauf des Verfahrens einzuwirken. Die Thätigkeiten des reinen Civilprocesses hören auf

bei der Wahrnehmung, daß der Rechtsbrüchige oder ein Anderer für ihn gewisse Handlungen vorgenommen habe, — wenn auch nicht unbedingt an jeder Stelle des Verfahrens, so doch jedenfalls nach Erlaß des Urtheils. In dem Tenor des einen Civilproceß abschließenden verurtheilenden Erkenntnisses ist die Handlung, durch deren Vornahme die physische Gewalt gehemmt werden kann, immer genau angegeben.

Die Reihe der Gewohnheiten, welche bei dem Proceß in Bewegung gesetzt werden, bedarf noch einer Ergänzung. Sofern Gewohnheiten in Thätigkeit sind, welche auf die Vollziehung physischer Gewalt an einem Individuum hinwirken, bleiben die Gewohnheiten, Gewalt gegen die Person zu unterdrücken, nothwendig in Ruhe. Ihr Anlaß ist insoweit fortgefallen. Dies gilt wie für die Richter so auch für das Individuum, in welchem die unmittelbar in Vollziehung der physischen Gewalt sich äußernde Gewohnheit bewegt wird. In höher entwickelten Kulturperioden fällt der Anlaß der Gewohnheit, Gewalt gegen die Person zu unterdrücken, meistens nur in den Richtern und in den vollziehenden Individuen fort, nicht in anderen Individuen, nicht in dem Rechtsbrüchigen selbst, nicht in dessen Verwandten und Freunden. Die Gewalt gegen die Person unterdrückende Gewohnheit geräth daher in Bewegung, wenn der Rechtsbrüchige durch den Selbsterhaltungstrieb, seine Verwandten und Freunde durch das Gefühl der Liebe zum Widerstand gegen das vollziehende Individuum hingedrängt werden. Die Gewohnheit bewirkt, daß der Rechtsbrüchige, seine Verwandten und Freunde sich dem vollziehenden Individuum nicht thätlich widersetzen. Ist das vollziehende Individuum Beamter des Staates, so tritt dieser Gewohnheit noch die im Staate allgemeine Gehorsamsgewohnheit hinzu und wirkt im Verein mit jener die Unterdrückung von Thätlichkeiten. Der Antrieb in dem Rechtsbrüchigen, sich der rechtlichen Gewalt durch die Flucht zu entziehen, und der Antrieb in seinen Freunden, ihm bei der Flucht zu helfen, wird durch beide Gewohnheiten nicht gehemmt. Allein wenn der Rechtsbruch jene tief eingewurzelten Verknüpfungen getroffen hat, welche Jedermann, der den Rechtsbruch wahrnimmt, nach physischer Gewalt schreien machen, dann mag diese Verknüpfung auch in den Freunden des Rechtsbrüchigen in Bewegung gerathen und auf den Antrieb, demselben bei der Flucht Hilfe zu leisten, lähmend einwirken.

Nach dieser Ergänzung eröffnet die Reihe der Gewohnheitshandlungen, auf welche die nach der Rechtsverletzung auftretenden Erscheinungen in ihren höher entwickelten Formen zurückgeführt sind, auch das Verständnis der einfacheren Unrechtsfolgen. Man hat nur nöthig, die Reihe der Gewohnheitshandlungen, welche zu der physischen Gewalt hinführt, mehr und mehr zu verkürzen, um zu sehen, wie das Verfahren sich immer einfacher und roher gestaltet.

Ich lasse zunächst die zum Urtheil hinleitenden Gewohnheitshandlungen in eine einzige zusammenfließen. Alsdann entsteht die Form, in welcher die coërcitio der römischen Magistrate, die Sitzungspolizei des Richters im modernen Staate auftritt. Die Wahrnehmung des Ungehorsams, der Ungebühr setzt in dem Beamten eine Gewohnheit — sei es die Gehorsamsgewohnheit gegen das Gesetz, sei es eine selbständige Gewohnheit — in Bewegung, welche unmittelbar zum förmlichen Erlaß einer Strafanordnung führt, und diese Strafanordnung löst die weiteren Gewohnheiten aus bis zur Vollziehung der rechtlichen Gewalt.

Ich streiche die zum Urtheil hinführenden Gewohnheiten sämmtlich, so daß die Gewohnheit, physische Gewalt an dem Rechtsbrüchigen zu üben, sich unmittelbar bei der Wahrnehmung des Rechtsbruches regt. Diese Form entspricht der Blutrache und der Friedlosigkeit der germanischen Völker; der Friedlosigkeit, sofern sie ohne Gericht eintrat. Hatte Jemand einen Mann erschlagen, so war es Brauch, daß die Verwandten des Getödteten den Thäter ebenfalls erschlugen. Hatte Jemand vor der versammelten Gemeinde eine Missethat begangen, so war es Brauch, daß alle Theilnehmer der Versammlung den Missethäter verfolgten, ergriffen, und als friedlos erschlugen[9]). Die Gewohnheit, Gewalt gegen die Person zu unterdrücken, kam in dem Übelthäter seinen Verfolgern gegenüber nicht in Fortfall. Wenn der Übelthäter sich zur Wehre setzte und dabei seine Angreifer erschlug, so war dies eine Verletzung jener Gewohnheit und hatte die nämlichen Folgen, wie jede andere Verletzung dieser Gewohnheit[10]). Bei der Friedlosigkeit

9) Wilda, Das Strafrecht der Germanen, 1842, S. 307.

10) Wenigstens ist dies die Anschauung von Wilda. Vgl. a. a. O., S. 189 f.

war die seelische Verknüpfung zwischen der Wahrnehmung der Gewohnheitsverletzung und dem Antriebe, physische Gewalt an dem Verletzer zu üben, so stark, daß sie selbst Freunde und Verwandte desselben verhinderte, ihm bei der Flucht Beistand zu leisten. Zu der nämlichen Form der Unrechtsfolgen gehört es, wenn das Volk in unserer Zeit vermöge jener eben (S. 49) berührten seelischen Verknüpfungen die Missethäter lyncht, wenn der staatliche Sicherheitsbeamte vermöge der Gehorsamsgewohnheit gegen das Gesetz den auf frischer That ertappten Rechtsbrüchigen in gewissen Fällen sofort festnimmt.

Wird auch die Gewohnheit, physische Gewalt an dem Rechtsbrüchigen zu vollziehen, gestrichen, so bleibt nur noch der Wegfall des Anlasses, welcher sonst die Gewohnheit, Gewalt gegen die Person zu unterdrücken, in Bewegung setzt, als Rechtsfolge des Unrechts übrig. Die Wahrnehmung des Rechtsbruches bewirkt, daß jene Gewohnheit in allen oder gewissen Individuen in Ruhe bleibt, wenn dieselben an dem Rechtsbrüchigen in bestimmter Form physische Gewalt üben wollen. Die Individuen fühlen sich in Folge dessen frei, diese bestimmten Gewalthandlungen vorzunehmen. Hierher gehört die legis actio per pignoris capionem des älteren römischen Rechts. Wenn ein römischer Bürger die Gewohnheit, an den ihm zugewiesenen miles das aes militare zu leisten, verletzt hatte, so fühlte der miles sich frei, dem Bürger unter Wahrung bestimmter Förmlichkeiten Sachen wegzunehmen und mit den Sachen in bestimmter Weise zu verfahren. Ähnlich fühlt sich bei uns der Landmann frei, Demjenigen, der seinen Acker unbefugt betreten hat, mit Gewalt Sachen zum Pfande wegzunehmen. Jedermann fühlt sich auch heute noch frei, ihm oder Anderen drohende widerrechtliche Gewalt mit entsprechender Gewalt zu verhindern. Bei Verletzung gewisser Gewohnheiten fühlt sich sogar nach dem Eintritt dieser Verletzung, nach geschehenem Rechtsbruche, Jedermann frei, den Missethäter festzunehmen und den Sicherheitsorganen des Staates zuzuführen. — Das Fehderecht des deutschen Mittelalters gehört gleichfalls hierher. Wurden Rechtsgewohnheiten verletzt und versagte der ordentliche Rechtsweg, so fühlte der Verletzte sich frei, den Missethäter nach Vornahme einiger Förmlichkeiten mit Waffengewalt zu bekämpfen. Allein während bei der römischen pignoris capio, bei der deutschen Pfändung, der Nothwehr und

der vorläufigen Festnahme die Gewohnheit, Gewalt gegen die Person zu unterdrücken, nur in Demjenigen, der die Gewalt ausübte, fortfiel, nicht in Demjenigen, der sie erlitt, also daß Letzterer sich davor hütete, durch Thätlichkeiten die Ausübung der physischen Gewalt zu verhindern: hörte bei der mittelalterlichen Fehde die Gewalt unterdrückende Gewohnheit auch in dem Missethäter auf zu wirken, wenn der Verletzte die Fehde begann. In Folge dessen entspann sich zwischen beiden ein regelrechter Kampf. In dieser Beziehung steht das heutige Duell der Fehde gleich. Die Gewohnheit, Gewalt gegen die Person zu unterdrücken, fällt hier zu Gunsten gewisser regelrechter Gewalthandlungen ebenfalls sowohl in dem Verletzten als in dem Beleidiger fort. Das Duell unterscheidet sich wiederum von der Fehde dadurch, daß bei letzterer in dem Verletzten nur der Anlaß der Gewohnheit, Gewalt gegen die Person zu unterdrücken, fortfällt, bei ersterer in dem Verletzten außerdem noch eine Gewohnheit, welche geradehin auf die Vornahme der rächenden Gewalthandlung hinwirkt, sich in Bewegung setzt, ähnlich wie bei der Blutrache.

Die einfacheren Formen der Vollziehung rechtlicher Gewalt treten auch dann noch auf, wenn bereits ein Urtheil ihre Voraussetzung bildet, und eine lange Reihe von Proceßthätigkeiten dem Urtheile vorhergeht. Das Urtheil im Civilproceſſe der römischen Republik löste keine zur physischen Gewalt hinführende Gewohnheit aus. Es kam nur die Gewohnheit, Gewalt gegen die Person zu unterdrücken, in dem siegreichen Gläubiger zu Gunsten gewisser Gewalthandlungen an dem verurtheilten Schuldner in Fortfall: der Gläubiger fühlte sich frei, die manus iniectio vorzunehmen.

Alle diese einfacheren Formen der Unrechtsfolgen haben mit den höher entwickelten das gemein, daß allgemeine Gewohnheiten die Vornahme physischer Gewalt an dem Rechtsbrüchigen veranlassen oder zulassen. Durch diesen Zusammenhang mit allgemeinen Gewohnheiten gewinnt die physische Gewalt als Folge des Unrechts ihre rechtliche Natur. Sie unterscheidet sich dadurch scharf von der bloßen, der willkürlichen Gewalt, welche lediglich auf spontanen Willensantrieben beruht und bestehenden allgemeinen Gewohnheiten zuwiderläuft.

Somit sind die nach der Rechtsverletzung auftretenden Er-

ſcheinungen auf Gewohnheiten zurückgeführt, welche phyſiſche Gewalt an dem Rechtsbrüchigen entweder veranlaſſen oder zulaſſen. Ich habe das unterſcheidende Merkmal des Rechtsbegriffs nicht mehr an Thätigkeiten, ſondern an den beſchriebenen Gewohnheiten zu ſuchen. Thue ich dies, ſo ſpringt das unterſcheidende Merkmal ſofort in die Augen. Eine Verletzung aller zweifellos einfachen Gewohnheiten bleibt, auch wenn ſie wahrgenommen wird, gänzlich ohne Einfluß auf die wahrnehmende Seele. Es gehört zum Begriffe der einfachen Gewohnheit, daß ihre Verletzung Niemanden kümmert. Die Vorſtellung dagegen, daß eine Rechtsgewohnheit verletzt ſei, iſt immer geeignet, die poſitive oder negative Bewegung der beſtehenden Gewohnheiten und pſychiſchen Aſſociationen herbeizuführen, welche den phyſiſchen Gewaltakt an dem Rechtsbrüchigen veranlaßt oder zuläßt. Bei den einfacheren Unrechtsfolgen wirkt die Vorſtellung der Rechtsverletzung jene Bewegung unmittelbar, bei den höher entwickelten Unrechtsfolgen mittelbar, indem ſie die Ausführung der proceſſualiſchen Denkthätigkeiten, welche für den Beginn und den Fortgang des Verfahrens weſentlich ſind, und ſchließlich den Erlaß verurtheilender Erkenntniſſe auslöſt. Dies gilt für die Gewohnheiten des geſetzlichen, wie für die des Juriſten- und Gewohnheitsrechtes der heutigen Lehre und iſt im Folgenden kurz darzulegen.

Die konkreten Geſtalten der Handlung, in welcher ſich die Gehorſamsgewohnheit gegen das Geſetz äußert, die ſelbſtändigen Gewohnheiten, welche ſich aus der geſetzlichen Gehorſamsgewohnheit herausgeſetzt haben, und diejenigen älteren Gewohnheiten, welche von dem Geſetz aufgenommen ſind, entſprechen immer einer geſetzlichen Norm. Die Vorſtellung einer Verletzung dieſer das geſetzliche Recht der heutigen Lehre umfaſſenden Gewohnheiten iſt alſo gleich der vorgeſtellten Verletzung einer geſetzlichen Norm, und eine Vorſtellung, welche die Merkmale einer Geſetzesverletzung enthält, ſetzt, wie wir ſahen, immer im Civilproceſſe die Gehorſamsgewohnheiten gegen das Geſetz zum Erlaß verurtheilender Erkenntniſſe in den Richtern in Bewegung. — Die durch Gerichtsgebrauch hervorgerufenen Gewohnheiten haben ſich gerade ſo geſtaltet, daß die Staatsangehörigen da, wo der Gerichtsgebrauch unter gewiſſen Vorausſetzungen verurtheilende Erkenntniſſe herbeiführen würde, eine dieſen Vorausſetzungen entgegengeſetzte Handlungsweiſe ein-

schlagen. Eine wieder umgekehrte Handlungsweise enthält also nothwendig die Voraussetzungen, welche den Gedankengang der Richter kraft der Gewohnheit des Gerichtsgebrauches zur Verurtheilung hinleiten. Die von einem Gerichtsgebrauch nur anerkannten, schon vorher dagewesenen Gewohnheiten erhalten diese Anerkennung gerade dadurch, daß die Richter bei der Vorstellung, welche der Verletzung jener Gewohnheiten entspricht, kraft des Gerichtsgebrauches verurtheilende Erkenntnisse erlassen. — Daß die wahrgenommene und vorgestellte Verletzung aller Gewohnheiten, welche man mit Sicherheit dem Gewohnheitsrecht zuzählen kann, bei den einfachen Unrechtsfolgen unmittelbar die Ausübung der rechtlichen Gewalt herbeiführt oder zulässig macht, bei höher entwickelten Unrechtsfolgen wenigstens im Civilprocesse stets die zum Erlasse verurtheilender Erkenntnisse hinführenden Denkthätigkeiten auslöst, gilt als selbstverständlich. Heute beruht diese Folge der Verletzung des Gewohnheitsrechtes auf einem Gerichtsgebrauch. Bei allen Gewohnheiten, welche heute als solche, ohne Vermittelung gesetzlicher Normen, bei den Gerichten sichere Anerkennung finden, ist die Erzeugung der Vorstellung, daß diese Gewohnheiten die von der heutigen Lehre aufgestellten Erfordernisse des Gewohnheitsrechtes an sich tragen, und daß deshalb bei ihrer Verletzung auf Verurtheilung zu erkennen sei, zur Gewohnheit der Richter bei ihrer Spruchthätigkeit, zum Gerichtsgebrauch, geworden. In alter Zeit waren es die bereits geschilderten, im ganzen Volke wirkenden psychischen Verknüpfungen, welche bei einer Verletzung der ohne die Thätigkeit des Gesetzgebers entstandenen rechtlichen Gewohnheiten entweder verurtheilende Richtersprüche oder unmittelbare Vollziehung der rechtlichen Gewalt herbeiführten, soweit nicht die Folge der Rechtsverletzung lediglich darin bestand, daß die Gewohnheit, Gewalt gegen die Person zu unterdrücken, vermöge ihrer entsprechenden Gestalt dem Rechtsbrüchigen gegenüber in Ruhe blieb[11]).

---

11) Der beschriebene Gerichtsgebrauch, bestimmte Gewohnheiten im Processe als maßgebend für die Entscheidung anzusehen, ist bekanntlich mit wenigen Ausnahmen äußerst schwankend und unbestimmt. Auch die Verknüpfungen, welche in alter Zeit die Stelle dieses Gerichtsgebrauches vertraten, werden nicht alle scharf und deutlich ausgeprägt gewesen sein. Dem entsprechend wird auch

Auch die Gehorsamsgewohnheit gegen das Gesetz, der Gerichtsgebrauch und die Gewohnheit, Gewalt gegen die Person zu unterdrücken, sind nichts anderes als Associationen, psychische Verknüpfungen. Das unterscheidende Merkmal der rechtlichen Gewohnheiten läßt sich daher allgemein auf das Bestehen psychischer Associationen abstellen, welche so gestaltet sind, daß sie bei der Vorstellung einer Abweichung von der rechtlichen Gewohnheit physische Gewalt herbeiführen oder zulassen.

Das hiermit festgestellte specifische Merkmal der rechtlichen Gewohnheiten steht auf dem Boden jener althergebrachten Theorie, nach welcher der physische Zwang das Recht von verwandten Erscheinungen des menschlichen Zusammenlebens scheidet. Das Zwangsmoment ist in dieser Untersuchung in einer solchen Weise verwerthet, daß die Einwendungen, welche man gegen jene Theorie vorgebracht hat, mich nicht treffen.

Meine Fassung des Zwangsmomentes hält sich lediglich an die Thatsache, daß Associationen bestehen, welche bei der Vorstellung einer Verletzung rechtlicher Gewohnheiten die Ausübung physischer Gewalt an dem Rechtsbrüchigen herbeiführen oder zulassen. Ob diese Thatsache es möglich macht, die Befolgung des Rechtes zu erzwingen, ob eine erzwungene Befolgung des Rechts überhaupt denkbar ist, bleibt völlig dahingestellt. Daher treffen mich alle Einwendungen nicht, welche man gegen die Erzwingbarkeit als wesentlichem Merkmal des Rechts vorgebracht hat[12]).

Nur in der Thatsache des Bestehens bestimmt gestalteter Associationen, auf welche die Vorstellung des Rechtsbruches positiv oder negativ einwirkt, liegt das unterscheidende Merkmal des Rechts, nicht in der Thatsache der unbedingten Verknüpfung des Rechtsbruches mit Gewaltfolgen. Die erstere Thatsache muß aller-

---

die Rechtseigenschaft der Gewohnheiten, an deren Verletzung der Gerichtsgebrauch oder die Verknüpfungen sich anschlossen, vielfach unbestimmt und zweifelhaft. Allein dies entspricht den Thatsachen. Unbestimmtheit ist in der That eine hervorstechende Eigenschaft des Gewohnheitsrechtes. Jhering, Geist des röm. Rechts, 4. Aufl., Bd. II, 1880, S. 32—34.

12) Bierling, Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe, Bd. I, 1877, §§ 102, 103, 108; Sturm, Recht und Rechtsquellen, 1883, S. 87; Kühnast, Kritik moderner Rechtsphilosophie, 1887, S. 43 f.; Binding, Die Normen und ihre Übertretung, Bd. I, 2. Aufl. 1890, S. 489, Nr. 2, S. 493—495.

dings zur Folge haben, daß „im Ganzen und Großen“[13]) auf den Rechtsbruch physische Gewalt folgt, sie wird aber in keiner Weise berührt, wenn die rechtliche Gewalt im einzelnen Fall in Folge willkürlicher Unterlassung der zu ihr hinführenden Gewohnheitshandlungen ausbleibt oder durch natürliche Hindernisse, die sich ihrer Vollziehung entgegenstellen, unmöglich gemacht wird, oder wenn die Richter willkürlich die zur Ausführung der rechtlichen Gewalt hinführenden Anordnungen erlassen, auch wo die Anlässe der Proceßgewohnheiten ihnen gar nicht gegeben sind, und damit der Gewohnheit, Gewalt gegen die Person zu unterdrücken, zuwiderhandeln. Ja es folgt sogar aus der Thatsache des Bestehens jener Associationen selbst, daß ein Zusammenhang zwischen dem Unrecht als Erscheinung in der Außenwelt und dem wirklichen Eintritt der rechtlichen Gewalt nicht vorhanden ist. Keine Erscheinung an sich, in der Außenwelt, vermag psychische Vorgänge auszulösen, ehe nicht die Wahrnehmung ihr Abbild in die menschliche Seele geworfen hat. Daher werden die Proceßgewohnheiten nicht durch das Unrecht an sich, sondern durch die Vorstellung des Unrechts in Bewegung gesetzt; und diese Vorstellung ist nicht immer mit dem Unrecht an sich verbunden. Sie kann fehlen, wo Unrecht an sich besteht, sie kann vorhanden sein, wo Unrecht an sich fehlt. Bleibt das Unrecht unentdeckt, so tritt die Vorstellung des Unrechts nirgends auf, die Proceßgewohnheiten bleiben gänzlich in Ruhe. Gelingt es nicht, in den Richtern während des Processes die Vorstellung von dem geschehenen Unrecht aufrecht zu erhalten, so muß die Bewegung der Proceßgewohnheiten ihr Ende erreichen, bevor es zur Vollziehung der rechtlichen Gewalt kommt. Andererseits bewirkt böse Absicht und menschliches Irren leider nur zu oft, daß die Vorstellung des Rechtsbruches in den Richtern entsteht, obwohl ein solcher gar nicht vorgefallen, daß ein Individuum als rechtsbrüchig vorgestellt wird, welches an dem Rechtsbruche gänzlich unbetheiligt ist. Alsdann wird die rechtliche Gewalt vermöge der in Bewegung gesetzten Proceßgewohnheiten und Associationen an einem Unschuldigen vollzogen. So entgehe ich auch den Einwendungen, welche sich auf die Beobachtung

---

13) Merkel in Grünhut's Zeitschrift, Bd. VI, 1879, S. 378.

gründen, daß der thatsächliche Eintritt der rechtlichen Gewalt mit dem Unrecht nicht immer Hand in Hand geht[14]).

Man rückt gegen die Aufstellung des physischen Zwanges als unterscheidendem Merkmal des Rechtes ferner einige Erscheinungen unseres heutigen Staatslebens vor, die an das Staatsoberhaupt, die Geschworenen, die Mitglieder der gesetzgebenden Körperschaften und andere Individuen gerichteten, ohne Zwangsandrohung gelassenen Normen. Man meint, daß die Verletzung dieser Normen schlechthin folgenlos bleibe, daß aber, wenn man denselben deshalb Rechtseigenschaft abspreche, damit ihre Wirkung auf die Gemüther zu einer „blos moralischen" herabgedrückt, geringer geschätzt werde wie die der übrigen mit Zwangsfolgen ausgestatteten Normen, während in Wahrheit jene zwangslosen Normen diesen anderen an Kraft in keiner Weise nachstünden[15]). Wird der Einwand auf die Rechtseigenschaft der gesetzlichen Normen bezogen, so ist derselbe gänzlich hinfällig. Denn Normen sind nach den Ergebnissen dieser Untersuchung niemals Recht, mag ihre Verletzung unter Zwangsandrohung gestellt sein oder nicht, so daß also, wenn man die Wirksamkeit der gesetzlichen Normen von der fehlenden oder vorhandenen Rechtseigenschaft abhängen lassen will, die Normen ohne Zwangsandrohung den Normen mit Zwangsandrohung völlig gleichstehen. Ich beziehe indessen die Behauptung der mangelnden Rechtseigenschaft auf die Gehorsamsgewohnheit, welche die Achtung der gesetzlichen Norm herbeiführt; ich sehe zu, ob dieser Gewohnheit die Rechtseigenschaft abgesprochen werden muß, sofern die Norm ohne Zwangsandrohung gelassen ist, und ob damit eine abgeschwächte Wirksamkeit solcher Normen behauptet wird, welche den Thatsachen widerspricht. Die Meinung, daß die Verletzung

---

14) Thon, Rechtsnorm und subjekt. Recht, 1878, S. 8; Dahn, Die Vernunft im Recht, 1879, S. 35 f., 79; Binding, Die Normen u. s. w., Bd. I, 2. Aufl. 1890, S. 489, Nr. 1.

15) Stahl, Die Philosophie des Rechts, 3. Aufl., Bd. II, Abth. I, 1854, S. 277 f.; Post, Einleitung in eine Naturwissenschaft des Rechts, 1872, S. 74; Bierling, Zur Kritik u. s. w., Bd. I, S. 145 f., Bd. II, 1883, S. 35, Note; Thon, Rechtsnorm u. s. w., S. XI und in Grünhut's Zeitschrift, Bd. VII, 1880, S. 224 ff.; Rümelin, Reden und Aufsätze, Neue Folge, 1881, S. 337; Binding, Die Normen u. s. w., S. 487, Nr. 2, 491, 492.

ohne Zwangsandrohung gelaſſener Normen folgenlos bleibe, iſt ſo allgemein nicht zutreffend. Im Civilproceſſe löſt, wie wir ſahen (S. 47), die Verletzung jeder geſetzlichen Norm verurtheilende, zur Vollziehung der rechtlichen Gewalt hinführende Erkenntniſſe aus, auch wo die Zuläſſigkeit der rechtlichen Gewalt vom Geſetzgeber nicht beſonders vorgeſehen iſt. Was für die Verletzung der geſetzlichen Norm gilt, gilt auch für die Verletzung der die Achtung der Norm herbeiführenden Gehorſamsgewohnheit (S. 57). Dennoch bleibt es jedenfalls für den Monarchen richtig, daß die von ihm vorgenommenen Rechtsverletzungen der Gewaltfolgen gänzlich ermangeln. Denn die Gewohnheit, Gewalt gegen die Perſon zu unterdrücken, kommt dem Monarchen gegenüber unter keinen Umſtänden in Fortfall; Gewohnheiten, welche dem Monarchen gegenüber phyſiſche Gewalt herbeiführen oder zulaſſen, giebt es nicht: die Gewohnheiten im Monarchen ſind niemals Rechtsgewohnheiten. Allein was thut dies? Damit iſt nicht im Mindeſten zugegeben, daß die Normen des Geſetzes auf den Monarchen einen anderen oder ſchwächeren Einfluß ausüben als auf die Unterthanen. Der Einfluß, den die Normen des Geſetzes auf die Gemüther der Unterthanen ausüben, beruht auf der Gehorſamsgewohnheit gegen das Geſetz, und dieſe Gewohnheit lebt in dem Monarchen genau ſo wie in den übrigen Individuen des Staates. Die Wirkſamkeit der geſetzlichen Normen iſt alſo in den Unterthanen und in dem Monarchen genau von der nämlichen Beſchaffenheit. Welche Folgen eine Abweichung von der geſetzlichen Gehorſamsgewohnheit hat, das iſt für die Wirkſamkeit der geſetzlichen Normen, ſo lange es ſich um die ungetrübte Befolgung derſelben handelt, vollkommen gleichgültig. Erſt wenn die Bewegungen der Seele ſich einer Verletzung der geſetzlichen Normen zu nähern beginnen, wenn die Seele in Schwanken geräth, ob ſie die Gehorſamshandlung ausführen ſoll oder nicht, erſt dann macht das Vorhandenſein oder Fehlen der Gewaltfolgen einen Unterſchied. Die Vorſtellung, daß bei einer Verletzung des Gehorſams gegen das Geſetz der Eintritt von Gewaltfolgen zu erwarten ſteht, bildet in ſolchen Zuſtänden des Schwankens in den Unterthanen ein Moment, welches geeignet iſt, ihre Seele auf der Bahn des Geſetzes zu erhalten. In der Seele des Monarchen kann dieſes Moment ſich niemals zeigen. Damit iſt aber keine Regung in der Seele

des Monarchen geleugnet, welche nicht in Wahrheit fehlt. — Auch die Erscheinungen des Kirchen- und Völkerrechtes werden gegen die Zwangstheorie vorgebracht. Den auf diesen Gebieten zu Tage tretenden Erscheinungen soll die Rechtseigenschaft durch das Fehlen des physischen Zwanges gleichfalls nicht genommen werden. Da die Rechtseigenschaft der Erscheinungen des Kirchen- und Völkerrechtes zweifelhaft ist, so sind sie zur Abziehung begrifflicher Merkmale des Rechts nicht zu verwenden und deshalb nach dem Plane der Untersuchung an dieser Stelle nicht zu berücksichtigen. Ob sich aus den Erscheinungen des Kirchen- und Völkerrechts ein Einwand gegen die gefundene Begriffsbestimmung herleiten läßt, ist aus den Konsequenzen zu entnehmen, welche die Begriffsbestimmung für jene Erscheinungen liefert. Die Konsequenzen werden im folgenden Abschnitte gezogen.

Bierling[16]) weist darauf hin, daß für zahlreiche Normen unserer Gesetze ein Zwang nur in beschränktem Maße stattfinde. Die Verletzung aller Normen werde erst dann gestraft, wenn sie in die Außenwelt getreten sei. Die Verletzung der meisten Normen sei sogar straflos, wenn die äußere normwidrige Handlung nicht zu einem bestimmten Erfolge geführt hätte, mindestens zu dem Versuche im Sinne der Strafgesetze u. s. w. Bierling wendet ein, daß, wenn Zwangsanwendung nothwendiges Merkmal des Rechts sei, jene Normen folgerecht zugleich Rechtsnorm und nicht Rechtsnorm sein müßten. Die von Bierling berührten Verhältnisse kehren bei den Gewohnheiten, in denen ich das Wesen des Rechtes sehe, in ähnlicher Gestalt wieder. Die Vorstellung einer Verletzung von Rechtsgewohnheiten löst bei den höher entwickelten Unrechtsfolgen fast niemals allein und für sich, sondern immer erst in Verbindung mit weiteren Vorstellungen die Proceßgewohnheiten aus, erst in Verbindung mit der Vorstellung, daß die Thatsachen, welche die Zuständigkeit des angegangenen Gerichtes begründen, vorliegen, daß die abweichende Handlung zu einem bestimmten Erfolge geführt habe, im Civilproceße erst in Verbindung mit der Wahrnehmung des Richters, daß die Verletzung ihm von gewissen Personen in gewissen Formen unterbreitet werde. Hier ist die Vorstellung einer Verletzung der Gewohnheit ebenfalls zugleich ge-

16) Zur Kritik u. s. w., Bd. I, S. 147, 148.

eignet und nicht geeignet, die Proceßgewohnheiten in Bewegung zu ſetzen; erſteres, wenn ſie in Verbindung mit gewiſſen anderen Vorſtellungen, letzteres, wenn ſie allein auftritt[17]). Dieſe Erſcheinung bedingt jedoch noch keineswegs den Schluß, daß die eine Gewohnheit zugleich Rechtsgewohnheit und nicht Rechtsgewohnheit ſei, ſie zwingt nur zur Entſcheidung der Frage, ob der Gewohnheit, weil die Vorſtellung ihrer Verletzung allein und für ſich die Proceßgewohnheiten nicht auszulöſen vermag, deshalb die Rechtseigenſchaft überhaupt abgeſprochen werden muß, oder ob dieſer Umſtand gänzlich ohne Einfluß auf ihre Rechtseigenſchaft bleibt. Die Frage iſt in dem letzteren Sinne zu entſcheiden. Denn wenn auch die Vorſtellung der Verletzung die Proceßgewohnheiten nur in Verbindung mit gewiſſen weiteren Vorſtellungen auslöſt, ſo bleibt doch beſtehen, daß ſie es thut. — Die Unverletzlichkeit des Monarchen bedingt eine ähnliche Erſcheinung. Die Nichtachtung von Gewohnheiten, welche ſonſt bei ihrer Wahrnehmung Proceßgewohnheiten bis zur Vollziehung phyſiſcher Gewalt auslöſt, führt dem Monarchen gegenüber höchſtens bis zum Erlaß des richterlichen Urtheils. Die letzte unmittelbar in phyſiſcher Gewalt ſich bethätigende Proceßgewohnheit bleibt dem Monarchen gegenüber immer in Ruhe. Alſo iſt die Verletzung der Rechtsgewohnheiten auch nach dieſer Richtung hin geeignet und nicht geeignet, die rechtliche Gewalt in Bewegung zu ſetzen; nicht geeignet gegenüber dem Monarchen, geeignet gegenüber den anderen Individuen des Staates. Hier ſind eben die Gewohnheiten in dem Monarchen und in den anderen Individuen des Staates zu trennen. Die erſteren ſind niemals Rechtsgewohnheiten, auch dann nicht, wenn ihnen in den übrigen Individuen des Staates Rechtseigenſchaft zukommt. Dieſelbe Erſcheinung zeigt ſich bei minderjährigen,

17) Die Verhältniſſe des objektiven Rechts, welche Binding, Die Normen u. ſ. w., S. 488, Nr. 4, mit den klagloſen Strafrechten a) aus Verbrechen im Auslande, für die der inländiſche Gerichtsſtand noch fehlt, b) aus Antragsvergehen vor Stellung des Antrages oder nach Verjährung desſelben berührt, gehören gleichfalls hierher. Im Falle a fehlt, um die Proceßgewohnheiten auszulöſen, die Vorſtellung der Zuſtändigkeit des Gerichts. Im Falle b muß ſich die Vorſtellung des Rechtsbruches, ähnlich wie im Civilproceſſe, mit der Vorſtellung verbinden, daß ein gewiſſes Individuum innerhalb einer gewiſſen Friſt den Antrag auf Beſtrafung geſtellt hat.

geisteskranken, entmündigten und dergl. Personen, denen die volle Handlungs- und Zurechnungsfähigkeit mangelt. Die Gewohnheiten, welche in den anderen Individuen des Staates Rechtsgewohnheiten sind, bestehen ohne Frage auch in den Minderjährigen, sofern sie sich dem Alter der Großjährigkeit nähern; sie bestehen ferner in den aus Irrthum Entmündigten, ja vielfach auch in Geisteskranken, deren Seele nicht nach jeder Richtung hin umnachtet ist. Dennoch nimmt die Vorstellung, daß die der Rechtsgewohnheit widersprechende Handlung von einem Individuum vorgenommen ist, welches die gedachten Merkmale an sich trägt, den Anlässen der Proceßgewohnheiten ihre Kraft. In solchen Individuen haben alle Gewohnheiten, die in den anderen Individuen Rechtsgewohnheiten sind, diese Eigenschaft nicht.

Von einer Anwendbarkeit des Zwanges[18]), gegen welche Bierling sich endlich noch wendet[19]), spreche ich nicht[20])[21]).

Um ein volles Verständnis der begrifflichen Merkmale des Rechts zu gewinnen, ist dasselbe nicht nur der einfachen Gewohn-

---

18) Arnold, Kultur und Rechtsleben, 1865, spricht S. 364 von einer Möglichkeit des rechtlichen Zwanges, Sturm, Gewohnheitsrecht und Irrthum, 1884, S. 46 davon, daß die Normen des Rechts den äußeren Zwang vertragen.

19) Zur Kritik, Bd. I, § 104.

20) Binding a. a. O., S. 487, 488, weist noch darauf hin, daß den Zwang perhorresciren müssen 1. alle Rechte, bei denen Berechtigter und Verpflichteter in einer Person zusammenfallen, 2. alle dinglichen Rechte als solche; erst der nach der Verletzung derselben entstehende Anspruch auf Beseitigung der Störung werde erzwungen, 3. die obligationes naturales. — Beziehe ich dies auf das objektive Recht, so zeigt sich, daß im Falle 1 überhaupt gar keine Rechtsverletzung möglich ist, weil da, wo Berechtigter und Verpflichteter wirklich in einer Person zusammenfallen, die Gewohnheitshandlung sich nicht auslösen (kann Seite 110). Es ist also selbstverständlich, daß im Falle 1 die Unrechtsfolgen niemals eintreten. — Bei der Gewohnheit, auf welcher das dingliche Recht beruht, ist ein Versagen der rechtlichen Gewalt nicht bemerkbar. Was erzwungen wird und ob überhaupt etwas erzwungen wird, das ist nach meiner Fassung des Zwangsmomentes gleichgültig. — Daß die obligationes naturales nicht auf objektivem Recht beruhen, steht fest. Darum, worauf sie sonst beruhen, dreht sich eben der Streit.

21) Wenn Lenel, Über Ursprung und Wirkung der Exceptionen, 1876, S. 6, und Wallaschek, Recht und Moral, 1888, S. 21 ff., von einer Zwangsbefugnis als unterscheidendem Merkmal des Rechts sprechen, so steht dies mit meiner Auffassung nicht in Widerspruch, sofern Befugnis im Sinne von subjektivem Recht verstanden werden soll. Denn die Gewohnheiten, welche

eignet und nicht geeignet, die Proceßgewohnheiten in Bewegung zu ſetzen; erſteres, wenn ſie in Verbindung mit gewiſſen anderen Vorſtellungen, letzteres, wenn ſie allein auftritt[17]). Dieſe Erſcheinung bedingt jedoch noch keineswegs den Schluß, daß die eine Gewohnheit zugleich Rechtsgewohnheit und nicht Rechtsgewohnheit ſei, ſie zwingt nur zur Entſcheidung der Frage, ob der Gewohnheit, weil die Vorſtellung ihrer Verletzung allein und für ſich die Proceßgewohnheiten nicht auszulöſen vermag, deshalb die Rechtseigenſchaft überhaupt abgeſprochen werden muß, oder ob dieſer Umſtand gänzlich ohne Einfluß auf ihre Rechtseigenſchaft bleibt. Die Frage iſt in dem letzteren Sinne zu entſcheiden. Denn wenn auch die Vorſtellung der Verletzung die Proceßgewohnheiten nur in Verbindung mit gewiſſen weiteren Vorſtellungen auslöſt, ſo bleibt doch beſtehen, daß ſie es thut. — Die Unverletzlichkeit des Monarchen bedingt eine ähnliche Erſcheinung. Die Nichtachtung von Gewohnheiten, welche ſonſt bei ihrer Wahrnehmung Proceßgewohnheiten bis zur Vollziehung phyſiſcher Gewalt auslöſt, führt dem Monarchen gegenüber höchſtens bis zum Erlaß des richterlichen Urtheils. Die letzte unmittelbar in phyſiſcher Gewalt ſich bethätigende Proceßgewohnheit bleibt dem Monarchen gegenüber immer in Ruhe. Alſo iſt die Verletzung der Rechtsgewohnheiten auch nach dieſer Richtung hin geeignet und nicht geeignet, die rechtliche Gewalt in Bewegung zu ſetzen; nicht geeignet gegenüber dem Monarchen, geeignet gegenüber den anderen Individuen des Staates. Hier ſind eben die Gewohnheiten in dem Monarchen und in den anderen Individuen des Staates zu trennen. Die erſteren ſind niemals Rechtsgewohnheiten, auch dann nicht, wenn ihnen in den übrigen Individuen des Staates Rechtseigenſchaft zukommt. Dieſelbe Erſcheinung zeigt ſich bei minderjährigen,

17) Die Verhältniſſe des objektiven Rechts, welche Binding, Die Normen u. ſ. w., S. 488, Nr. 4, mit den klagloſen Strafrechten a) aus Verbrechen im Auslande, für die der inländiſche Gerichtsſtand noch fehlt, b) aus Antragsvergehen vor Stellung des Antrages oder nach Verjährung desſelben berührt, gehören gleichfalls hierher. Im Falle a fehlt, um die Proceßgewohnheiten auszulöſen, die Vorſtellung der Zuſtändigkeit des Gerichts. Im Falle b muß ſich die Vorſtellung des Rechtsbruches, ähnlich wie im Civilproceſſe, mit der Vorſtellung verbinden, daß ein gewiſſes Individuum innerhalb einer gewiſſen Friſt den Antrag auf Beſtrafung geſtellt hat.

geisteskranken, entmündigten und dergl. Personen, denen die volle Handlungs- und Zurechnungsfähigkeit mangelt. Die Gewohnheiten, welche in den anderen Individuen des Staates Rechtsgewohnheiten sind, bestehen ohne Frage auch in den Minderjährigen, sofern sie sich dem Alter der Großjährigkeit nähern; sie bestehen ferner in den aus Irrthum Entmündigten, ja vielfach auch in Geisteskranken, deren Seele nicht nach jeder Richtung hin umnachtet ist. Dennoch nimmt die Vorstellung, daß die der Rechtsgewohnheit widersprechende Handlung von einem Individuum vorgenommen ist, welches die gedachten Merkmale an sich trägt, den Anlässen der Proceßgewohnheiten ihre Kraft. In solchen Individuen haben alle Gewohnheiten, die in den anderen Individuen Rechtsgewohnheiten sind, diese Eigenschaft nicht.

Von einer Anwendbarkeit des Zwanges[18]), gegen welche Bierling sich endlich noch wendet[19]), spreche ich nicht[20])[21]).

Um ein volles Verständnis der begrifflichen Merkmale des Rechts zu gewinnen, ist dasselbe nicht nur der einfachen Gewohn-

---

18) Arnold, Kultur und Rechtsleben, 1865, spricht S. 364 von einer Möglichkeit des rechtlichen Zwanges, Sturm, Gewohnheitsrecht und Irrthum, 1884, S. 46 davon, daß die Normen des Rechts den äußeren Zwang vertragen.

19) Zur Kritik, Bd. I, § 104.

20) Binding a. a. O., S. 487, 488, weist noch darauf hin, daß den Zwang perhorresciren müssen 1. alle Rechte, bei denen Berechtigter und Verpflichteter in einer Person zusammenfallen, 2. alle dinglichen Rechte als solche; erst der nach der Verletzung derselben entstehende Anspruch auf Beseitigung der Störung werde erzwungen, 3. die obligationes naturales. — Beziehe ich dies auf das objektive Recht, so zeigt sich, daß im Falle 1 überhaupt gar keine Rechtsverletzung möglich ist, weil da, wo Berechtigter und Verpflichteter wirklich in einer Person zusammenfallen, die Gewohnheitshandlung sich nicht auslösen (kann Seite 110). Es ist also selbstverständlich, daß im Falle 1 die Unrechtsfolgen niemals eintreten. — Bei der Gewohnheit, auf welcher das dingliche Recht beruht, ist ein Versagen der rechtlichen Gewalt nicht bemerkbar. Was erzwungen wird und ob überhaupt etwas erzwungen wird, das ist nach meiner Fassung des Zwangsmomentes gleichgültig. — Daß die obligationes naturales nicht auf objektivem Recht beruhen, steht fest. Darum, worauf sie sonst beruhen, dreht sich eben der Streit.

21) Wenn Lenel, Über Ursprung und Wirkung der Exceptionen, 1876, S. 6, und Wallaschek, Recht und Moral, 1888, S. 21 ff., von einer Zwangsbefugnis als unterscheidendem Merkmal des Rechts sprechen, so steht dies mit meiner Auffassung nicht in Widerspruch, sofern Befugnis im Sinne von subjektivem Recht verstanden werden soll. Denn die Gewohnheiten, welche

Sitte,

sofern eine weitere allgemeine psychische Association besteht, vermöge welcher die Vorstellung, daß ein Individuum von der Gewohnheit abgewichen sei, in den Gemeinschaftsgenossen dieses Individuum ein Gefühl der Mißachtung gegen das letztere erzeugt;

Recht,

sofern weitere allgemeine psychische Associationen bestehen, welche bei der Vorstellung, daß ein Individuum von der Gewohnheit abgewichen sei, in den Gemeinschaftsgenossen dieses Individuum den Antrieb zur Ausübung physischer Gewalt an dem letzteren herbeiführen oder zulassen.

Die Erscheinungen, welche nach der Verletzung von Moral, Sitte und Recht auftreten, werfen ihre Schatten häufig voraus. Mit dem Augenblicke, in welchem der Verlauf der Befolgung von Moral, Sitte und Recht sich dem Zustande der Verletzung zu nähern beginnt, mit dem Augenblicke, in welchem die Seele in Schwanken geräth, ob sie auf dem Boden der Moral, der Sitte, des Rechts bleiben soll oder nicht, mit demselben Augenblicke beginnen auch jene Associationen einen bedeutsamen Einfluß auf die Seele zu äußern. In dem Zustande des Schwankens zwischen Beachtung und Nichtachtung der Moral, der Sitte, des Rechts tritt in der Seele abwechselnd die Vorstellung der Beachtung und Nichtachtung als eines Zukünftigen auf. Vermöge der Associationen in dem schwankenden Individuum lockt die Vorstellung der zukünftigen Nichtachtung in der Seele gewisse Bewegungen hervor, welche einen Abglanz derjenigen Erscheinungen darstellen, die bei der Vorstellung *geschehener* Nichtachtung eintreten. Die als beabsichtigt vorgestellte Verletzung der Moral erzeugt eine abgeschwächte Regung des Gewissens, die als beabsichtigt vorgestellte Verletzung der Sitte die Vorstellung, daß Mißachtung seitens der Genossen, die in gleicher Weise vorgestellte Verletzung des Rechts die Vorstellung, daß physische Gewalt seitens der Genossen zu erwarten stehe. Alle diese Erscheinungen bilden in den Zuständen des Schwankens gewichtige Momente, um die Seele zur Befolgung der Moral, der Sitte, des Rechts zu bewegen. Greift der Einfluß dieser Momente durch, endet also das Schwanken der Seele mit dem Willensantrieb zur Befolgung, so beruht die Befolgung

allerdings auf Regungen der Seele, welche für Moral, Sitte und Recht scharf von einander geschieden sind: die Befolgung der Moral auf dem Gewissen, die Befolgung der Sitte auf der Scheu vor Mißachtung der Genossen, die Befolgung des Rechts auf der Scheu vor physischer Gewalt. Das ist der wahre Kern der herrschenden Anschauung, nach welcher der Unterschied zwischen Moral, Sitte und Recht in der Verschiedenheit der psychischen Regungen bestehen soll, die der Befolgung vorhergehen. Richtig ist diese Anschauung nur dann, wenn ein Verlauf der Befolgung in das Auge gefaßt wird, welcher sich der Verletzung nähert, welcher durch vorhergegangenes Schwanken der Seele zwischen Befolgung und Verletzung bereits eine Trübung erfahren hat. Über der Untersuchung solcher getrübten Zustände hat man den ungetrübten, reinen Verlauf der Erscheinungen, an welchem ihr Wesen doch am besten sich zeigen muß, völlig aus dem Auge verloren.

Es wird kaum möglich sein, im Leben solche Gewohnheiten herauszulösen, welche lediglich Recht sind. In großem Umfange knüpft sich an die Rechtsverletzung nicht allein physische Gewalt, sondern zugleich die Bewegung des Gewissens oder Mißachtung der Genossen oder beides zusammen. Solche Gewohnheiten sind zugleich Recht und Moral, oder Recht und Sitte, oder gar Recht, Moral und Sitte. Vielfach ist die Befolgung rechtlicher Gewohnheiten, namentlich solcher des Staatsrechts, von deutlichen Trieben begleitet. Alsdann ist die Rechtsgewohnheit zugleich Brauch. Eine fernere Verkettung des Rechts mit der Sitte, der Moral und den Bräuchen wird dadurch herbeigeführt, daß die Abweichung von den Associationen, den Gewohnheiten, welche durch die Wahrnehmung der Rechtsverletzung in Thätigkeit gesetzt werden, häufig nicht nur wiederum mit physischer Gewalt, sondern auch mit Mißachtung der Genossen oder Erregung des Gewissens verknüpft ist, oder daß deutliche Triebe die Befolgung dieser Associationen, Gewohnheiten begleiten. Dadurch werden diese Associationen, Gewohnheiten, auf welchen die Rechtseigenschaft der rechtlichen Gewohnheiten beruht, ihrerseits wiederum nicht nur Recht, sondern auch Sitte, Moral oder Brauch.

Nachdem der empirische Begriff des Rechts an den Erscheinungen unzweifelhaft rechtlicher Natur gefunden ist, an den recht-

lichen Erscheinungen derjenigen Gemeinschaften, welche mit dem Staate in seinem jeweiligen Entwickelungszustande zusammenfallen, sind nunmehr die Ergebnisse zu entwickeln, welche der gefundene Begriff für Gemeinschaften liefert, von denen es zweifelhaft ist, in wiefern sie zu den Rechtsgemeinschaften gezählt werden können. Hierunter fallen die in den Staaten bestehenden besonderen Gemeinschaften, vor allem die äußere Gemeinschaft der Kirche, endlich diejenigen Gemeinschaften, welche durch das sogenannte Völkerrecht gebildet werden.

Dritter Theil.

Das Recht der vom Staate verschiedenen Gemeinschaften.

In meiner Definition des Rechtes ist nichts enthalten, was dazu nöthigt, den Rechtsbegriff auf staatliche Gemeinschaften zu beschränken. Recht kann in jeder menschlichen Gemeinschaft entstehen, wenn einheitliche Ursachen auf die Individuen derselben einwirken und in ihren Seelen allgemeine Gewohnheiten und Associationen erzeugen, welche derart mit einander zusammenhängen, daß bei der wahrgenommenen Verletzung der einen die anderen physische Gewalt herbeiführen oder zulassen. Ich beginne mit den in den Staaten bestehenden besonderen Gemeinschaften.

Es bedarf einer Erläuterung, in wiefern man überhaupt berechtigt ist, von besonderen Gemeinschaften im Staate zu handeln. Zwei widersprechende Gewohnheiten in den Gliedern derselben Gemeinschaft sind unmöglich; sie würden sich gegenseitig aufheben. Soweit die eine Gewohnheit besteht, muß die andere in Fortfall gekommen sein[1]). Wenn sich also in einem Theil der Individuen, die zu einem Staate gehören, besondere allgemeine Gewohnheiten bilden, so sind widersprechende Gewohnheiten des Staates, soweit jene bestehen, niemals vorhanden. In Ansehung der besonderen Gewohnheiten fällt die durch sie gebildete Gemeinschaft immer aus

---

1) Zorn weist in der Krit. Vierteljahrsschrift, Bd. 22 (1880), S. 61, vollkommen zutreffend darauf hin, daß ein Widerspruch zwischen Recht und Recht begrifflich nicht möglich sei.

dem Staate heraus. Von einer Zugehörigkeit dieser Gemeinschaft zum Staate läßt sich nur insofern sprechen, als die Ursachen der fehlenden allgemeinen Gewohnheiten des Staates auch auf die Glieder der besonderen Gemeinschaft — freilich vergeblich — einwirken, als die übrigen allgemeinen Gewohnheiten des Staates auch in den Gliedern der besonderen Gemeinschaft leben, als die mit Vollziehung physischer Gewalt endenden Proceßgewohnheiten des Staates auch gegen die Glieder der besonderen Gemeinschaft sich in Bewegung setzen.

Bestehen nun in einer solchen Gemeinschaft im Staate nicht allein besondere Gewohnheiten überhaupt, sondern auch besondere Gewohnheiten und Associationen, welche so gestaltet sind, daß sie bei der Verletzung gewisser anderer besonderer Gewohnheiten die Ausübung physischer Gewalt an dem abtrünnigen Gliede herbeiführen oder zulassen, so sind diese anderen besonderen Gewohnheiten Recht, so ist die durch sie gebildete Gemeinschaft Rechtsgemeinschaft. Zur Entstehung derartiger besonderer Rechtsgewohnheiten bedarf es immer einer gewissen Zeit, selbst dann, wenn die Gemeinschaft etwa durch Vertrag begründet sein sollte. In solchem Falle beruht nämlich das Zusammenleben der Gemeinschaftsglieder zunächst allein auf der Gewohnheit, das gegebene Wort zu halten, und diese besteht auch in den übrigen Gliedern des Staates. Es fehlt also zunächst an besonderen Gewohnheiten. Die Gemeinschaft beginnt erst dann besondere Gewohnheiten zu haben, wenn die Gewohnheit, das gegebene Wort zu halten, selbständige Gewohnheiten aus sich herausetzt. Ferner versteht es sich von selbst, daß die Richter des Staates auf die Rechtsgewohnheiten solcher Gemeinschaften, welche dem Staat zuwiderlaufen, keine Rücksicht nehmen. Die Gewohnheiten, welche eine Verletzung von Rechtsgewohnheiten der besonderen Gemeinschaft mit Gewaltfolgen ausstatten, bestehen eben nur in den Gliedern jener Gemeinschaft, nicht in den übrigen Gliedern des Staates, also auch nicht in den Richtern desselben. Ein Beispiel solcher besonderen Rechtsgemeinschaften im Staate bieten vielleicht die geheimen Verbrechergesellschaften Italiens, die Camorra, die neuerlich bekannt gewordene Mala Vita von Bari. Diese Gemeinschaften treiben Jahre lang ihr Wesen, ehe sie von den Behörden des Staates gestört und aufgehoben werden; sie entwickeln während dieser Zeit in sich eine feste Organisation,

Gehorsamsgewohnheiten; den abtrünnigen, ungehorsamen Genossen trifft der Tod oder Verstümmelung.

Besondere Rechtsgemeinschaften bestehen nicht nur innerhalb eines und desselben Staates. Sie durchwachsen auch mehrere Staaten, ihre Gewohnheiten fassen in den Angehörigen mehrerer Staaten Fuß. Ein großartiges Beispiel für solche Gemeinschaften liefert die christliche Kirche. Als die Kirche nach ihrer Begründung an Ausdehnung zunahm, bildete sich in ihr eine Organisation aus, welche auf Gehorsamsgewohnheiten in den Gläubigen beruhte. Die Gehorsamsgewohnheiten mögen schon an und für sich von großer Kraft gewesen sein. Sie haben sicher eine weitere Verstärkung dadurch erfahren, daß sie als Brauch, Moral und Sitte auftraten, daß neben ihrer Befolgung deutliche Triebe, Regungen des Glaubens und der christlichen Liebe, einhergingen, daß ihre Verletzung das Gewissen schlagen machte oder Mißachtung der Genossen hervorrief. Allein Recht waren diese Gewohnheiten in der ersten Periode der christlichen Kirche nicht. Denn es fehlte an ferneren Gewohnheiten und Associationen, welche sich bei einer Abweichung von jenen ersteren Gewohnheiten bis zur Vollziehung physischer Gewalt an dem abtrünnigen Genossen hätten in Bewegung setzen können. Auch hatte die Gewohnheit, Gewalt gegen die Person zu unterdrücken, noch nicht die Gestalt angenommen, daß sie dem Abtrünnigen und Ungehorsamen gegenüber in Ruhe blieb. Die Kirche gewann zwar Proceßgewohnheiten, als sie vom römischen Staate anerkannt wurde, allein dies waren nicht ihre besonderen Gewohnheiten, sondern die Gewohnheiten des römischen Staates. Im Laufe der folgenden Jahrhunderte dehnte die Kirche ihre Herrschaft über mehrere Staaten aus, die Gehorsamsgewohnheiten gegen ihr Haupt und dessen Organe ergriffen die Angehörigen aller europäischen Kulturstaaten. Jetzt entstanden vom Staate unabhängige, besondere Proceßgewohnheiten der Kirche, welche sich bei der Verletzung anderer Gewohnheiten der Kirche bis zur Vollziehung physischer Gewalt an dem Abtrünnigen in Bewegung setzten. In dieser Zeit ihrer höchsten äußeren Blüthe besaß die Kirche also ihre besonderen Rechtsgewohnheiten, sie war eine von den Staaten verschiedene, aber in ihnen bestehende Rechtsgemeinschaft. In der modernen Zeit hat die Kirche nirgends mehr besondere Proceßgewohnheiten, sie ist nirgends mehr Rechts-

gemeinschaft. Dennoch leben jene Gewohnheiten, welchen früher Rechtseigenschaft zukam, in den Anhängern der katholischen Kirche, zum mindesten in den Klerikern, mit ungeschwächter Kraft fort, vielleicht auch als Bräuche, Moral und Sitte. Die Vorgänge während des Kulturkampfes legen hiervon beredtes Zeugnis ab. Die katholische Kirche, zum mindesten die Geistlichkeit, bildet daher immer noch eine besondere Gemeinschaft in den Staaten, wenn auch keine Rechtsgemeinschaft.

In dem friedlichen und kriegerischen Verkehr der Angehörigen mehrerer Staaten unter einander haben sich zahlreiche allgemeine Gewohnheiten gebildet, zu deren Anlaß durchweg die Vorstellung gehört, daß Angehörige eines fremden Staates in Frage kommen. Die Individuen fühlen sich in Folge dessen nicht schlechthin als solche, als einzelne, sondern als Angehörige ihrer Staaten, wenn die Gewohnheiten in Erregung versetzt sind: ein Umstand, welcher verhindert, daß diese Gewohnheiten Gemeinschaften wie die bisher beschriebenen erzeugen, Gemeinschaften zwischen den Individuen als solchen. Dies sind die Gewohnheiten, welche dem sogenannten Völkerrecht zu Grunde liegen. Manche Gewohnheiten des völkerrechtlichen Ceremoniells mögen einfache Gewohnheiten sein, Gewohnheiten, deren Verletzung die wahrnehmende Seele in keiner Weise erregt. Zahlreiche andere Gewohnheiten sind ohne Frage Sitte, indem die Wahrnehmung ihrer Verletzung die Mißachtung der öffentlichen Meinung hervorruft. Manche Gewohnheiten, z. B. die Gewohnheit, die Gebietshoheit des fremden Staates zu achten, den fremden Souverän nicht zu verletzen, sind Recht. Es bestehen Associationen, vermöge welcher die Leiter der Staaten bei der Wahrnehmung solcher Verletzungen ihre Völker zum Kriege gegen den verletzenden Staat entbieten. Diese Associationen sind ihrerseits Sitte. Wenn ein Staat von ihnen abweicht und den Kampf unterläßt, so trifft ihn die Mißachtung der öffentlichen Meinung.

Zweites Kapitel.

Die Rechtssätze.

Es ist ein Axiom der historischen Schule, daß das Recht nicht menschliches Machwerk sei, sondern auf einer räthselhaften Thätigkeit der Natur beruhe, gleichwie das Wachsthum der lebenden Organismen. Dies ist die Wahrheit. Wenn einheitliche Einflüsse auf die Glieder einer Gemeinschaft wirken und in einer größeren oder geringeren Zahl derselben die nämlichen Gewohnheiten erzeugen, so beruht diese Erzeugung auf einer Thätigkeit des Lebens, der Natur, welche der Mensch nicht nachmachen kann. Der Mensch kann wohl die Bedingungen setzen, bei deren Vorhandensein das Leben diese Thätigkeit entfaltet, aber nicht anders als er auch im Stande ist, die im Samen der Pflanzen schlummernde Lebenskraft durch das Setzen der sie erweckenden Bedingungen zur Entfaltung ihrer Thätigkeit zu bringen. Ob die Pflanze, ob neue allgemeine Gewohnheiten nach dem Setzen jener Bedingungen entstehen werden, das hängt nicht mehr vom Menschen ab. Wenn der Usurpator eine Ordnung setzt und die Befolgung derselben durch Gewalt und Furcht erzwingt, wenn der Gesetzgeber einen Befehl erläßt und kraft der Gehorsamsgewohnheit die Befolgung desselben erwirkt, wenn zu einer neuen Gemeinschaft zusammentretende Individuen eine Gesellschaftsordnung vereinbaren und die Gewohnheit, den Vertrag zu halten, die Befolgung der Ordnung herbeiführt, so haben Menschen den Anstoß zur Bildung neuer allgemeiner Gewohnheiten gegeben. Ob die Ordnung des Usurpators thatsächlich in Gewohnheiten übergehen wird, das hängt ganz von der Gunst der Umstände ab. Die Kraft des Gesetzes und des Vertrages, neue Gewohnheiten hervorzurufen, wirkt allerdings mit größerer Sicherheit. Allein dies beruht darauf, daß Gesetz und

Vertrag sich beide auf eine schon bestehende Gewohnheit stützen, das Gesetz auf die Gehorsamsgewohnheit, der Vertrag auf die Gewohnheit, das gegebene Wort zu halten. Und diese beiden Gewohnheiten wiederum verdanken ihre Entstehung lediglich einer Thätigkeit der Natur, ihre Anfänge verlieren sich in dem Dunkel der Vorzeit[1]).

In einem gewissen Gegensatze zu der historischen Schule behauptet Ihering[2]), daß die Geschichte des Rechts „mit dem harten Ringen und Arbeiten des menschlichen Verstandes" begonnen habe, „daß Absicht, Reflexion, Bewußtsein, Berechnung bereits bei der Bildung des Rechts thätig gewesen, daß die juristische Kunst schon an der Wiege desselben gestanden hat." Auch Ihering's Behauptung trifft in vollem Umfange zu. Nur bezieht sich dieselbe nicht auf das Recht, die Rechtsgewohnheiten, sondern auf die Rechtssätze, das was die herrschende Lehre für das Recht ansieht. Jeder Satz, jede Regel, jede Norm ist eine Verbindung von Vorstellungen, und Vorstellungsverbindungen können gar nicht anders entstehen, als durch Wahrnehmen und Denken der menschlichen Seele, durch eine Thätigkeit des menschlichen Verstandes.

Die erste Veranlassung zur Bildung der Rechtssätze war gegeben, als man begann, die rechtliche Gewalt nicht mehr durch unmittelbare Selbsthilfe, sondern erst nach einer richterlichen Prüfung des Falles zu verwirklichen. Die richtenden Individuen prüften nunmehr, ob in der That Verletzung einer Rechtsgewohnheit vorlag, d. h. sie verglichen die Vorstellung der im Proceß erbrachten Handlungen mit der Vorstellung der Gewohnheit in ihrer äußeren Erscheinung, mit der Vorstellung dessen, was im

1) Die Einseitigkeit, welche der historischen Schule anhaftet, indem sie den Antheil des menschlichen Geistes und der menschlichen That an der Rechtsbildung gänzlich übersieht, dürfte hier vermieden sein.

2) Geist, Bd. IV, 4. Aufl., 1888, S. 1 ff., 181. Ähnlich Pachmann, Über die gegenwärtige Bewegung in der Rechtswissenschaft, 1882, S. 22. Vgl. Dankwardt, Nationalökonomisch-civilistische Studien, Bd. I, 1862, S. 168: „Alles Recht beruht auf Reflexion . . . ."; Zitelmann, Irrthum und Rechtsgeschäft, 1879, S. 201: „Das objektive Recht . . . ist eine rein geistige Schöpfung von uns", S. 206: „Das Recht . . . eine freie Schöpfung des Menschen"; v. Liszt in Zeitschrift für die gesammte Strafrechtswissenschaft, Bd. VI, 1886, S. 668. Auch Franken in Festgabe für Gneist zum Doktorjubiläum, Jena, 1889, S. 107 ff., weist darauf hin, daß alles Gewohnheitsrecht, welches F. mit der herrschenden Lehre als einen Inbegriff von Rechtssätzen ansieht, seine rechtliche Form und Bestimmtheit durch bewußte Denkarbeit erhalte.

vorliegenden Falle im gesunden Verlaufe der Dinge geschehen oder nicht geschehen wäre; ein Vorgang, welcher sich bei offenbaren Rechtsbrüchen mit großer Schnelligkeit vollzogen haben und den Individuen kaum zum Bewußtsein gekommen sein wird. Die Vorstellung der Gewohnheit in ihrer äußeren Erscheinung als einer Reihe gleichförmiger Handlungen hat die Gestalt eines Satzes, einer Regel. Mit der vorgestellten Gewohnheit mußte sich mehr oder minder deutlich die Vorstellung vermengen, daß bei einer Abweichung von der Gewohnheit die rechtliche Gewalt eintrete, welche zu verhängen die vorstellenden Individuen gerade im Begriffe standen. Durch diese Beimengung nahm die Regel die Form des Müssens an, sie wurde zur Norm, zum Rechtssatz. Anfangs mag die Bildung solcher Rechtssätze bei der Entscheidung jedes Rechtshandels von Neuem vorgenommen sein. Allmählich aber fing man an, die einmal gewonnenen Rechtssätze festzuhalten und zu überliefern. So bildete sich in den Völkern für die Entscheidung der Rechtshändel ein Schatz von Rechtssätzen, welcher durch die Arbeit des menschlichen Geistes gewonnen war. Dieser Schatz erhielt einen schnellen Zuwachs, als der Gesetzgeber seine Thätigkeit entfaltete und die Richter nun auch die unmittelbar oder mittelbar aus dem Gesetz hervorgehenden Rechtssätze bei ihren Entscheidungen berücksichtigen mußten. Hat die Masse der Rechtssätze, welche die Richter berücksichtigen müssen, eine gewisse Ausdehnung gewonnen, so bedarf es, um sie zu beherrschen, einer ausschließlichen Beschäftigung mit denselben und der schriftlichen Fixirung, welche bei den gesetzlichen Normen schon an und für sich gegeben zu sein pflegt. Mit der Zeit reicht auch dies nicht mehr aus. Es bedarf, um die Rechtssätze zu beherrschen, einer Sichtung und Ordnung des in ihnen angehäuften Vorstellungsgehaltes. Man ordnet die Rechtssätze zu dem Ende in gewisse Gruppen ein, zieht wiederkehrende Vorstellungen und Vorstellungsverbindungen heraus, um sie zu allgemeinen Begriffen und Sätzen zusammenzustellen, mit einem Worte: man bringt den Vorstellungsgehalt der bestehenden Rechtssätze in ein System, man löst sie, soweit es eben überhaupt angeht, in einen „logischen Organismus“ auf[3]). Die

3) Diese Entstehung der Rechtssätze und die logische Umbildung ihres Vorstellungsgehaltes wird ausführlich von Ihering, Geist, 4. Aufl., Bd. I,

Freude an einer möglichst weitgehenden Aufhellung dieses logischen Organismus ist auch heute noch die ideale Triebfeder der dogmatischen Rechtswissenschaft.

Allein nicht die Rechtssätze, sondern die Rechtsgewohnheiten sind das Recht; nicht die Erkenntnis der Rechtssätze, sondern die Erkenntnis der Rechtsgewohnheiten steht im Mittelpunkt des Strebens der wahren Rechtswissenschaft. Einer Kenntnis der Rechtssätze bedarf die Rechtswissenschaft nur insofern, als die Rechtssätze für die Bildung und die Gestalt der Rechtsgewohnheiten von Bedeutung sind. Diese Bedeutung kommt nur solchen Rechtssätzen zu, welche in dem Volke oder in den Juristen bestehen oder bestanden haben, nicht solchen, welche nach gesetzlichen Zeichenfolgen bestehen könnten. Daher ist Wissenschaftlichkeit einer solchen Thätigkeit abzusprechen, welche den Vorstellungsgehalt der Zeichenfolgen bestehender Gesetze entwickelt, ordnet, systematisirt, ohne darauf Rücksicht zu nehmen, ob die entwickelten Sätze in dieser Gestalt in den Seelen der Richter oder der übrigen Gemeinschaftsgenossen wirklich vorhanden sind. Eine solche Thätigkeit ist wohl für die Rechtspflege und Rechtsbildung von großer Bedeutung; denn sie nimmt die Arbeit voraus, welche nothgedrungen erst die Richter bei der Entscheidung von Rechtshändeln ausführen müßten, sie richtet das Werkzeug her, welches bei der Entscheidung der Rechtshändel gebraucht wird, sie bringt in die Seelen der Richter und der anderen Gemeinschaftsgenossen nicht selten mittelbare Normen hinein, welche demnächst für die Entwicklung der Rechtsgewohnheiten einflußreich werden: die geschilderte Thätigkeit schafft also unter Umständen Rechtssätze, welche auf die Bildung der Rechtsgewohnheiten einwirken und alsdann die Beachtung der Rechtswissenschaft erheischen; ja die Thätigkeit selbst erheischt wegen dieses möglichen Einflusses auf die Rechtsbildung von Seiten der Wissenschaft Beachtung. Alles dies vermag jene Thätigkeit jedoch nicht zur Wissenschaft zu erheben. Jene Thätigkeit dient den Zwecken der Pflege und Bildung des Rechts, nicht den Zwecken der Erkenntnis des Rechts. Jene Thätigkeit ist mit ihren Erzeugnissen Gegenstand des wissenschaftlichen Denkens, nicht wissenschaft-

---

1878, S. 28—43, geschildert. Vgl. Post, Die Grundlagen des Rechts und die Grundzüge seiner Entwicklungsgeschichte, 1884, S. 43—53.

liches Denken selbst. Daher steht die Wissenschaft auch einem Streit, der sich unter den Rechtskundigen über die Art des den bestehenden Gesetzen zu entnehmenden Vorstellungsgehaltes entspinnt, aktiv völlig unbetheiligt, lediglich beobachtend gegenüber. Die Wissenschaft beobachtet hier das Chaos, welches leider nicht selten Chaos bleibt, bisweilen aber auch im Laufe der Zeit sich aufklärt und anerkannte, auf das Leben der Rechtsgewohnheiten einwirkende Rechtssätze in dem Volke oder in den Rechtskundigen zurückläßt.

Die dogmatische Rechtswissenschaft behandelt bei allen Konstruktionen und Begriffsbestimmungen nicht das Recht in dem bisher behandelten objektiven Sinne, sondern ein Etwas, welches man Recht im subjektiven Sinne heißt[4] [5]). Auch das subjektive Recht bedarf hier der begrifflichen Feststellung.

---

4) Weil die positive Rechtswissenschaft in dem subjektiven Rechte einen andern Gegenstand behandelt wie in dem objektiven, deshalb ist es keine für die positive Rechtswissenschaft genügende Begriffsbestimmung, wenn Lenel, Über Ursprung und Wirkung der Exceptionen, 1876, S. 3, sagt, das subjektive Recht sei der Wille des Gesetzgebers, das objektive Recht selbst. Übrigens tritt das von dem objektiven Rechte verschiedene Etwas, welches das subjektive Recht ausmacht, sofort in dem Beispiele L.'s hervor. L. schreibt dem Darlehnsgläubiger a. a. O. ein Recht zu, weil derselbe das objektive Recht „für sich hat", wenn er das Darlehen zurückverlangt.

5) Ob das subjektive Recht auch Gegenstand der Rechtswissenschaft sein sollte, was Pfersche, Die Methodik der Privatrechtswissenschaft, 1881, verneint, untersuche ich hier nicht.

Drittes Kapitel.

Das subjektive Recht.

Bei der Begriffsbestimmung des subjektiven Rechts wird wiederum von solchen Fällen ausgegangen werden, in welchen Dasein und Natur des subjektiven Rechtes unbezweifelt ist. Rechte der Handlungsunfähigen, der juristischen Personen, subjektlose Rechte scheide ich zunächst aus[1]), desgleichen subjektive Rechte, welche unabhängig von dem objektiven Rechte bestehen, wenn man die Möglichkeit solcher annehmen will[2]). Alsdann steht fest, daß zu jedem der hienach übrig bleibenden subjektiven Rechte bestimmte Individuen, die Berechtigten, gehören, und daß das subjektive Recht eine bestimmte Lage ausdrückt, welche für die Berechtigten durch das objektive Recht, die Rechtsgewohnheiten, geschaffen wird, jedenfalls durch das objektive Recht erst ihre rechtliche Form und Bestimmtheit erhält. Die Untersuchung dieser durch die Rechtsgewohnheiten bestimmten Lage der Berechtigten muß die begrifflichen Merkmale des subjektiven Rechtes ergeben.

Ein unbezweifeltes subjektives Recht hat der Eigenthümer einer Sache, der Gläubiger einer durch Vertrag geschaffenen Forderung. Das objektive Recht, auf welchem das Eigenthum beruht, ist die Gewohnheit der Gemeinschaftsgenossen, alle Handlungen zu unterdrücken, welche die wirthschaftliche Einwirkung des Eigenthümers auf seine Sache schmälern könnten. Die Forderung ruht auf der

1) Über die sogen. subjektlosen Rechte überhaupt, über die Rechte der Stiftungen und Handlungsunfähigen im Besonderen vgl. S. 106 ff. Die juristische Persönlichkeit der Personenvereine bedarf einer besonderen Untersuchung. Es ist deshalb vermieden worden, ihre Verhältnisse in dieser Arbeit zu berühren.

2) Vgl. Note 11, S. 9 (Lenz).

Gewohnheit in dem Schuldner, den Vertrag zu halten. Das erste Merkmal, welches an der Lage des Eigenthümers und Gläubigers in die Augen springt, ist der Vortheil, der Genuß, den die Gewohnheiten des objektiven Rechts diesen Individuen gewähren. Dem Eigenthümer gewährt die Gewohnheit der Gemeinschaftsgenossen ungestörte Ruhe, die Sache wirthschaftlich auszunutzen. Dem Gläubiger gewährt die Gewohnheit in dem Schuldner sichere Aussicht auf eine Leistung des Schuldners. Der Genuß reicht jedoch nicht aus, um allein und für sich das begriffliche Merkmal des subjektiven Rechtes abzugeben. Denn Genuß gewähren die rechtlichen Gewohnheiten auch dahin, wo ein subjektives Recht unzweifelhaft nicht vorhanden ist. Hat der Eigenthümer eines Grundstückes sich eine Aussichtsgerechtigkeit bestellen lassen, so gewährt die Gewohnheit in dem verpflichteten Individuum, der Bestellung nachzukommen, nicht allein jenem Eigenthümer, dem Berechtigten, sondern auch allen Nachbarn desselben den gleichen Genuß, nämlich die Sicherheit, daß die Aussicht nicht verbaut werden wird. Hat der Testator dem Legatar die Auflage gemacht, auf einem öffentlichen Platze zu bestimmten Zeiten Musikaufführungen zu veranstalten, so gewährt die Gewohnheit in dem Legatar, dieser Bestimmung nachzukommen, allen Anwohnern des Platzes Genuß, nämlich die Aussicht, zu bestimmten Zeiten Musik zu hören. Sogar der Hühnerhund Tiras und die Stute Bellona sind Genießer dieser rechtlichen Gewohnheit, wenn der Testator dem Legatar aufgegeben hat, den Thieren das Gnadenbrod zu gewähren[3]). Genuß wird von den rechtlichen Gewohnheiten nach den verschiedensten Seiten hin ausgestrahlt weit über den Kreis der subjektiven Rechte hinaus. Es fehlt noch ein ferneres begriffliches Merkmal des subjektiven Rechtes, welches von dem Kreise derjenigen Individuen, die das objektive Recht genießen, die berechtigten Individuen ausscheidet.

Die Aussichtsgerechtigkeit, welche ein Grundstückseigenthümer sich hat bestellen lassen, gewährt sowohl diesem, dem Berechtigten, wie den Nachbarn Genuß. Der Unterschied in der Lage des

---

3) Die Beispiele sind der Abhandlung Ihering's in den Jahrb. für Dogmat., Bd. X, 1871, S. 245 ff., und der Abhandlung Bekker's daselbst, Bd. XII, 1873, S. 1 ff., entnommen.

Berechtigten und der Lage der Nachbarn liegt darin, daß Willensäußerungen der Nachbarn für die Bewegung der Gewohnheit in der Seele des Verpflichteten völlig gleichgültig sind, während der Berechtigte durch gewisse Willenserklärungen auf das Recht verzichten, den Anlaß der Gewohnheit beseitigen kann, so daß der Verpflichtete sich in Zukunft nicht mehr davon zurückhält, wenn es ihm paßt, sein Haus höher zu bauen. Meistens vermag der Berechtigte die Bewegung der Gewohnheit in dem Verpflichteten nicht blos völlig zu beseitigen, sondern auch nach verschiedenen Richtungen hin zu ändern, zu bewirken, daß die Gewohnheitshandlung eine andere konkrete Gestalt annimmt. So kann der Berechtigte sein Recht gewöhnlich veräußern, d. h. bewirken, daß sich die Gewohnheitshandlung in Zukunft zu Gunsten eines anderen Individuum in Bewegung setzt; der Gläubiger einer Forderung kann den Schuldner einem Dritten anweisen, bewirken, daß die Gewohnheitshandlung der Zahlung sich an diesen richtet; der Gläubiger kann auch Stundung bewilligen, bewirken, daß die Gewohnheitshandlung später erfolgt u. s. w.

Diese Möglichkeit, durch Willenserklärungen auf die Rechtsgewohnheit einzuwirken, beruht *einerseits* auf der Gestalt der Rechtsgewohnheit. Die Gewohnheit, die verknüpfende Eigenschaft der Seele, ist so gestaltet, daß vorgestellte Willensäußerungen des Berechtigten ihre Bewegung beeinflussen. Allein die Vorstellung der Willensäußerung wirkt nicht allein und für sich. Sie bedarf hierzu noch des Hinzutritts weiterer Vorstellungen. Die Seele muß an dem konkreten Individuum, das die Willensäußerung abgiebt, noch diejenigen Merkmale wahrnehmen, welche das konkrete Individuum zum berechtigten Individuum machen. Paßt die Vorstellung dieser Merkmale auf die Vorstellung des konkreten Individuum, welches die Willenserklärung abgegeben hat, so fließen beide Vorstellungen zusammen, und erst dadurch entsteht das Vorstellungsganze, welches die Bewegung der Gewohnheit beeinflußt, sie hemmt oder ändert, wenn es in dem Augenblicke, da die Gewohnheitshandlung sich auslösen will, in der Seele vorhanden ist: die Möglichkeit, auf die Rechtsgewohnheit durch Willenserklärungen einzuwirken, beruht also *andrerseits* darauf, daß die Thatsachen geschehen sind, deren Vorstellung der Seele die erforderlichen Bestandtheile jenes Vorstellungsganzen liefert, mit anderen Worten

darauf, daß die Thatsachen geschehen sind, welche die Merkmale des Berechtigten enthalten und in der Außenwelt an dem konkreten Individuum verwirklichen.

Die Merkmale, die das berechtigte Individuum bestimmen, sind bei allen zweifellosen subjektiven Rechten in den Thatsachen enthalten, welche die heutige Lehre Begründungsthatsachen der Rechte nennt. Bei allen subjektiven Rechten, deren Dasein unbezweifelt ist, bestimmen die sogenannten Begründungsthatsachen des Rechts zugleich eindeutig das berechtigte Individuum; sie sind unvollständig, so lange sie dies nicht thun. Die Vorstellung der sogenannten juristischen Begründungsthatsachen liefert also der Seele bei allen zweifellosen subjektiven Rechten die Merkmale, welche mit der Vorstellung der Willensäußerung zu dem auf die Rechtsgewohnheit einwirkenden Vorstellungsganzen verschmelzen. — Beruht das subjektive Recht auf einer selbständigen Rechtsgewohnheit, nicht auf der Gehorsamsgewohnheit gegen das Gesetz, so ist die Vorstellung der juristischen Begründungsthatsachen immer in dem Anlaß enthalten. Die selbständige Rechtsgewohnheit, alle Handlungen zu unterdrücken, welche den Eigenthümer in der wirthschaftlichen Ausnutzung seiner Sache schmälern könnten, wird ausgelöst, wenn die Seele an sich selbst wahrnimmt, daß sie solch eine schmälernde Handlung vornehmen will, und wenn sich mit dieser Vorstellung vermöge der Erinnerung die Vorstellung, daß das Individuum des Eigenthümers die Sache durch Okkupation, Kauf und Tradition, Auflassung erworben hat, kurz die Vorstellung der juristischen Begründungsthatsachen verbindet. Die selbständige Rechtsgewohnheit, welche darauf geht, eine bedingte oder betagte Schuld zu tilgen, wird ausgelöst durch die Wahrnehmung, daß der Termin herangekommen, die Bedingung erfüllt sei, und durch die damit sich verbindende Vorstellung des Vertrages oder der sonstigen Begründungsthatsachen der Obligation. Die selbständige Rechtsgewohnheit, welche auf Tilgung einer sofort fälligen Schuld geht, wird durch die Wahrnehmung der Begründungsthatsachen unmittelbar ausgelöst. Mithin braucht bei selbständigen Rechtsgewohnheiten nur die Vorstellung der Willensäußerung des Individuum überhaupt, auf welches die Merkmale des Berechtigten passen, nicht noch die Vorstellung dieser Merkmale in der Seele *neben* den Anlaß zu treten, um die Änderung oder Hemmung der Gewohnheitshandlung herbeizuführen.

Die Vorstellung der Merkmale, mit welcher die Vorstellung der Willensäußerung sich verbinden muß, damit diese Wirkung eintritt, ist immer schon in dem Anlaß enthalten. — Beruht das subjektive Recht auf der Gehorsamsgewohnheit gegen das Gesetz, so ist, damit die Seele die Merkmale des Berechtigten vollständig erhält, neben der Vorstellung von Begründungsthatsachen der bisher geschilderten Art noch die Vorstellung einer unmittelbaren oder mittelbaren gesetzlichen Norm erforderlich, welche die Seele vermöge der Gehorsamsgewohnheit veranlaßt, die Willensäußerungen des durch jene Thatsachen bezeichneten Individuum zu achten. Das Geschehen eines derart gestalteten Gesetzes, daß bei der Wahrnehmung desselben diese Norm unmittelbar oder mittelbar entsteht, gehört mit zu den Begründungsthatsachen der Rechte, welche durch Gesetz vermittelst der Gehorsamsgewohnheit geschaffen sind. Wenn das Gesetz der Seele einmal bekannt geworden ist, so wird die Norm, welche die Achtung der Willenserklärung des Berechtigten anbefiehlt, von der Seele regelmäßig vermittelst der Erinnerung ohne Weiteres erzeugt, sobald sie die Vorstellung dieser Willenserklärung erhält.

Das was die Möglichkeit, auf die Rechtsgewohnheit durch Willensäußerungen einzuwirken, für den Berechtigten begründet, enthält die gesuchten ferneren begrifflichen Merkmale des subjektiven Rechts. Die begrifflichen Merkmale bestehen sonach:

1. in einer Rechtsgewohnheit, deren Bewegung durch die Vorstellung von Willensäußerungen eines Individuum, das gewisse Merkmale an sich trägt, beeinflußt wird;
2. in dem Eintritt der Thatsachen, welche diesen Merkmalen entsprechen und sie an einem konkreten Individuum verwirklichen;
3. in dem Genuß, welchen die Rechtsgewohnheit diesem konkreten Individuum gewährt.

Die durch die Erscheinungen zu 1 und 2 bestimmten genießenden Individuen sind die Berechtigten.

Das subjektive Recht ist der Rechtswissenschaft ein Dauerndes, etwas was nach seiner Entstehung bis zur Endigung dauernden Bestand hat. Wenn also die gefundene Begriffsbestimmung dem subjektiven Rechte als Gegenstand der Rechtswissenschaft völlig entsprechen soll, so muß sich unter den aufgezählten Merkmalen des subjektiven Rechtes wenigstens eines finden, welches dauert. Der

Eintritt von Thatsachen ist etwas Vorübergehendes. Dauernd ist unter den aufgezählten Merkmalen nur die Rechtsgewohnheit und der Genuß, welchen sie gewährt. Die Rechtsgewohnheit ist das objektive Recht. Das Dauernde in dem subjektiven Rechte, sein Inhalt und seine Substanz, kann mithin nur der Genuß sein, welchen das objektive Recht gewährt. Um das Vorhandensein des Genusses, des dritten Begriffsmerkmales, braucht man, wenn nur die beiden ersten vorhanden sind, niemals zu sorgen. Genuß ist mit den ersten beiden Merkmalen nothwendig verbunden. Die Einwirkung auf die Bewegung der Rechtsgewohnheit durch das berechtigte Individuum bringt demselben gewöhnlich materiellen Vortheil, den wirthschaftlichen Entgelt für die Veräußerung oder die Aufgabe des Rechts, mindestens aber, wie Bekker[4]) bemerkt, eine ideelle Freude: „es ist eben mein Wille, der durchdringt, daß dies der Fall, schafft mir das Gefühl einer gewissen Genugthuung". Vorher gewährt die Rechtsgewohnheit dem Berechtigten die sichere Aussicht auf diesen materiellen oder ideellen Vortheil. Die Aussicht auf diese Vortheile ist mit dem subjektiven Rechte immer verbunden, mag die Rechtsgewohnheit dem Berechtigten noch anderweiten Genuß bringen oder nicht. Diese Aussicht giebt dem Genuß berechtigter Individuen ein bestimmtes Gepräge und unterscheidet dadurch den Rechtsgenuß von dem Genusse, welchen nicht berechtigte Individuen etwa von der Rechtsgewohnheit haben sollten.

Indem ich den Genuß zum Inhalte und zur Substanz des subjektiven Rechtes mache, verfolge ich die Richtung, auf welcher Ihering bahnbrechend gewirkt hat[5]). Allein ich verwende einen

---

4) in den Jahrb. f. Dogmat., Bd. XII, 1873, S. 59.

5) Ihering, Geist, 4. Aufl., Bd. IV, § 60. Über den Umfang, in welchem Ih.'s Genußtheorie auf die Litteratur Einfluß gewonnen hat, vgl. die N. 13. Außer den dort gemachten Citaten ist noch anzuführen Affolter, Untersuchungen über das Wesen des Rechts, 1889, S. 39 f. Schloßmann, Der Vertrag, 1876, S. 246, erkennt an, daß Ihering's Begriffsbestimmung bei jedem Versuche einer Definition des Rechtsbegriffs Berücksichtigung finden müsse. — Eine leise Andeutung an den Gedanken Ihering's könnte man vielleicht schon bei Mackeldey, Lehrbuch des heutigen röm. Rechts, 6. Aufl., 1825, S. 2, und bei Schweppe, Das röm. Privatrecht in seiner heutigen Anwendung, 4. Ausg., Bd. I, 1828, S. 306, finden, da hier das „günstige Verhältnis" des Berechtigten als ein Merkmal des subjektiven Rechts hervorgehoben wird.

anderen Genuß in der Begriffsbestimmung des subjektiven Rechts als den, an welchen Ihering und seine Anhänger denken. Nach der Ansicht dieser ist derjenige Genuß Inhalt des subjektiven Rechts, welchen das objektive Recht *schützt*, nach der hier gegebenen Begriffsbestimmung derjenige Genuß, welcher von dem objektiven Rechte selbst ausgeht. Mit letzterem betrete ich das Gebiet der Anschauungen Thon's[6]). Auch Thon geht von dem Genuß, nämlich dem Schutze, aus, welchen das objektive Recht selbst mit sich bringt, und sucht das Merkmal zu bestimmen, durch welches der Schutz des objektiven Rechts zum subjektiven Rechte des Geschützten wird. Gleichzeitig entgehe ich den Einwendungen, die man dagegen vorgebracht hat, daß der von dem objektiven Rechte geschützte Gütergenuß zum Inhalt des subjektiven Rechtes gemacht wird[7]). Der geschützte Gütergenuß ist in der hier gegebenen Begriffsbestimmung nicht enthalten.

Auf der anderen Seite gelangt in meiner Begriffsbestimmung auch jene alte Theorie in gewisser Weise zur Geltung, welche das subjektive Recht auf die Herrschaft des Willens gründet[8]), eine Theorie, auf welche heute trotz der Arbeiten Ihering's bedeutende Rechtslehrer wieder zurückgekommen sind[9]): zum subjektiven Rechte

6) Rechtsnorm und subjektives Recht, 1878.

7) *Thon*, a. a. O., S. 219, und in Grünhut's Zeitschrift, Bd. VII, 1880, S. 259 ff.; *Schey* in Grünhut's Zeitschrift daselbst, S. 757, Anm. 37; *Bierling*, Zur Kritik der juristischen Grundbegr., Bd. II, 1883, S. 58; *Hagens*, Staat, Recht und Völkerrecht, 1890, S. 19; *Windscheid*, Pand., 7. Aufl., 1891, § 37, Anm. 3.

8) Das Willensmoment tritt in den verschiedensten Wendungen zu Tage, als Willensmacht oder Willensherrschaft oder schlechthin als Macht, als Wollenkönnen oder Wollendürfen oder Willen in der Potenz, als Befugnis zur Willensäußerung, zum Verlangen, Fordern, Handeln, als die einem Subjekte zukommende Sphäre seiner Äußerung in Thaten (*Wallaschek*, Studien zur Rechtsphilosophie, 1889, S. 92 f.), als Möglichkeit des Zwangs (*Thibaut*, Pandekten, 6. Aufl., 1823, S. 44), als abgegrenzte Sphäre der Freiheit (*Sturm*, Der Kampf des Gesetzes mit der Rechtsgewohnheit, 1877, S. 11; *Müller*, Die Elemente der Rechtsbildung und des Rechts, 1877, S. 297; *Stricker*, Philosophie des Rechts, 1884, S. 68), als Einheit des Staats- und Einzelwillens (*Kierulff*, Theorie des gemeinen Civilrechts, 1839, S. 154; *Sintenis*, Das praktische gemeine Civilrecht, 3. Aufl., Bd. I, 1868, S. 83), als Gesammtwille der Betheiligten (*Zendhöfer*, Das subjektive Recht u. s. w., 1891).

9) *Merkel* hatte in Grünhut's Zeitschrift, Bd. VI, 1879, S. 387 und in Schmoller's Jahrb. für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirthschaft,

gehört begrifflich ein Individuum, welches mit seinem Willen die Gewohnheitshandlung beeinflussen kann. Allein ich habe den Willen nicht in die Begriffsbestimmung des subjektiven Rechtes aufgenommen. Ob der Wille, auf die Gewohnheitsbewegung zu wirken, thatsächlich besteht, ist für das Dasein des subjektiven Rechtes vollkommen gleichgültig. Nur eine Rechtsgewohnheit und das Geschehen bestimmter Thatsachen muß vorhanden sein. Alsdann schadet es nichts, wenn der Berechtigte den Willen, auf die Gewohnheit einzuwirken, nicht hat oder nicht haben kann, etwa weil er sein Recht nicht kennt oder schläft oder im Fieber liegt, falls damit nur nicht auch rechtlich die Handlungsfähigkeit verloren geht, ja es schadet nichts, wenn der Berechtigte in seiner Seele den entgegengesetzten Willen hegt, falls der Wille nur nicht so geäußert ist, daß er rechtliche Wirkung hat, d. h., daß die Gewohnheitsbewegung bei Vorstellung der Willensäußerung gehemmt wird. Alle Einwendungen gegen die Willenstheorie, welche sich darauf stützen, daß das subjektive Recht ohne, ja wider den Willen des Berechtigten fortdauere[10]), treffen mich nicht. Allerdings fällt nach meiner Begriffsbestimmung die Handlungsfähigkeit mit der Rechtsfähigkeit zusammen. Trägt ein Individuum Merkmale an sich, deren Wahrnehmung verhindert, daß vorgestellte Willensäußerungen des Individuum die Bewegung der Rechtsgewohnheiten beeinflussen, so kann dieses Individuum niemals Berechtigter werden. Ob dies aber einen Einwand gegen meine Begriffsbestimmung begründet[11]),

---

N. F., Jahrg. V, 1881, S. 4, den Genuß, die Befriedigung eines Interesses noch zum Inhalte des subjektiven Rechtes gerechnet. In seiner Jurist. Encyklopädie, 1885, S. 88, und in Holtzendorff's Encyklopädie, 5. Aufl., 1890, erklärt Merkel S. 38, daß das subjektive Recht an sich Macht sei, welches allerdings um bestimmter Interessen willen verliehen werde und diese schütze. — Bekker hatte in der Abhandlung in den Jahrb. für Dogm., Bd. XII, 1873, auf den Genuß als begriffliches Merkmal des Rechts noch großen Werth gelegt. In dem System des heutigen Pandektenrechts, 1886, § 19, läßt B. den Genuß vollständig fallen und macht die Disposition oder Verfügung zu einem allgemeinen Merkmal des subjektiven Rechts.

10) Binding, Die Normen u. s. w., Bd I, 2. Aufl., 1890, S. 267, 268; Thon, Rechtsnorm u. s. w., S. 220.

11) Ihering, Geist, Bd. IV, § 60, S. 332 ff; Binding, Die Normen u. s. w., Bd. II, S. 50—53, spielen die angeblichen Rechte der Handlungsunfähigen gegen die alte Willenstheorie aus.

wolle man an den Konsequenzen prüfen, die hieraus weiter unten (S. 108) gezogen sind[12]).

Daß der Genuß allein und für sich nicht ausreicht, um das subjektive Recht begrifflich zu bestimmen, sondern noch eines weiteren Merkmales bedarf, welches den Rechtsgenuß von dem Genuß der Rechtsparasiten scheidet, ist allgemein anerkannt. Nur über die Art dieses Merkmales herrscht Streit[13]) [14]).

---

12) Wenn Lenel, Über Ursprung und Wirkung der Exceptionen, 1876, S. 1 f., und Schloßmann, Der Vertrag, 1876, S. 245, gegen die Willenstheorie ferner geltend machen, Herrschaft und Recht falle nicht immer zusammen, und dabei als Beispiel depossedirte Fürsten, den Eigenthümer einer verlorenen oder gestohlenen Sache anführen, so denken sie an die Herrschaft über das vom Recht geschützte Gut. Dasselbe gilt von Binding, Normen, Bd. II, S. 52, wenn B. hier geltend macht, Eigenthumsrecht bestehe auch, ohne daß eine Beziehung zwischen dem Willen des Eigenthümers und dem Eigenthumsobjekte hergestellt sei. Das geschützte Gut ist in meine Begriffsbestimmung nicht aufgenommen.

13) Manche verbinden, wie hier, den Genuß mit dem Willensmoment. So Merkel in Grünhut's Zeitschrift, Bd. VI, 1879, S. 389; Plósz, Beiträge zur Theorie des Klagerechts, 1880, S. 73 f., welcher die eine Seite des subjektiven Rechts als die rechtlich gesicherte Möglichkeit, den Zustand eines andern Rechtssubjektes verändern zu dürfen, bezeichnet, ohne damit die andere Seite, das Interesse, ausschließen zu wollen; Rosin in Annalen des Deutschen Reichs, 1883, S. 287—289; Kühnast, Kritik moderner Rechtsphilosophie, 1887, S. 34 f.; Heilinger, Recht und Macht, 1890, S. 16, 24; Baron, Pandekten, 7. Aufl., 1890, S. 32. — Ihering scheidet in den Jahrbüchern für Dogmat., Bd. X, 1871, S. 245 ff., die Individuen, deren Interesse das objektive Recht schützen will, die Destinatäre, und die mittelbar durch den Schutz begünstigten Personen, die Rechtsparasiten. Bekker, daselbst, Bd. XII, 1873, S. 20 ff., ebenso. Auf dieselbe Unterscheidung kommt es hinaus, wenn Kohler in Grünhut's Zeitschrift, Bd. XIV, 1887, S. 1 (vgl. Zeitschr. f. vergleich. Rechtswissenschaft, Bd. IV, 1883, S. 295), das subjektive Recht einen durch die Rechtsordnung geschützten Genußgehalt nennt; denn geschützt überhaupt ist auch der Genuß der Rechtsparasiten. Deutlicher tritt der Gedanke Ih.'s hervor bei Gareis Encyklop. und Methodol. der Rechtswissenschaft, 1887, S. 15: Das Wesen des Rechts im subjektiven Sinne ist ein Interesse eines Menschen, für welches diesem die objektive Rechtsordnung Schutz und Garantie verspricht. Auch Dernburg's Definition: subjektives Recht ist ein dem Individuum nach der Rechtsordnung zustehender Antheil an den Lebensgütern (Pandekten, 1888, Bd. I, § 39), läßt sich wohl hier einreihen, da der Begriff des Zustehens als mit „Recht" einen Cirkel bildend aus der Definition ausgeschieden werden muß. — Ihering, Geist, Bd. IV, § 61, stellt das unterscheidende Merkmal des subjektiven Privatrechts ab auf den

Die beste Bestätigung der hier festgestellten Begriffsbestimmung des subjektiven Rechtes wäre der Nachweis, daß alle rechtlichen Erscheinungen, welche ein subjektives Recht enthalten, sich mit dieser Begriffsbestimmung befriedigend erklären und begreifen

---

Selbstschutz des Interesses, darauf, daß der Genießende selbst die Initiative zum Schutz des Genusses ergreifen kann. Auch für Degenkolb, Einlassungszwang und Urtheilsnorm, 1877, S. 87, ist zwar Berechtigter derjenige, zu dessen Gunsten ein Gebot erlassen ist, aber nur dann, wenn das geschützte Einzelinteresse dem Staate an sich indifferent bleibt, und der Schutz der actio des Privaten anheim gegeben wird. Ähnlich wird bei Thon, Rechtsnorm u. s. w., der Normenschutz dann zum Rechte des Geschützten, wenn derselbe die Macht hat, die Vorbedingungen für das zwangsweise Vorgehen gegen den Pflichtigen zu setzen. — Bei Leonhard endlich in Grünhut's Zeitschrift, Bd. X, 1883, S. 1 ff., tritt als Merkmal des subjektiven Rechts sowohl die Willensmacht auf; denn das subjektive Recht ist ihm eine Unterart der Befugnis, und diese liegt nach L. vor, wenn Jemand eine Thätigkeit vornehmen darf — als auch der Genuß: denn derselbe ist nach L. mit dem Schutz des Willens, dem Wollendürfen, verbunden —, als auch der Selbstschutz: dies, wenn das subjektive Recht auf eine Leistung eines Verpflichteten geht —, als schließlich auch der Begriff des Destinatärs; denn im weitesten Sinne definirt L. das subjektive Recht ähnlich wie Kohler als einen im objektiven Recht geschützten Zustand.

14) Nicht Wenige haben sich veranlaßt gesehen, auf eine einheitliche Begriffsbestimmung des subjektiven Rechtes zu verzichten und je nach Lage der rechtlichen Erscheinungen verschiedene begriffliche Merkmale aufzustellen. Hierher gehört: Bürkel in Krit. Vierteljahrsschrift, Bd. XI, 1869, S. 199; Brinz, Lehrbuch der Pandekten, 2. Aufl., Bd. I, 1873, § 64; Schloßmann, Der Vertrag, 1876, § 32; Bekker, System des heutigen Pandektenrechts, 1886, § 18, Beil. I und § 19. Selbst bei Jhering zeigt sich ein Schwanken in der Bestimmung des begrifflichen Merkmales, das dem Interesse hinzutritt. Das eine Mal ist es die Eigenschaft des Genießenden als Destinatär, das andere Mal der Selbstschutz des Interesses (vgl. Note 13). In der 4. Aufl. des Geist, Bd. IV, § 61, endlich erblickt Jh. das unterscheidende Merkmal für das öffentliche subjektive Recht in der Möglichkeit der Konstatirung einer individuellen, d. h. auf bestimmte Individuen beschränkten Rechtsverletzung. — Keine Definition ist es, wenn Seuffert in Grünhut's Zeitschrift, Bd. XII, 1885, S. 617, sagt: „Unter subjektivem Recht verstehe ich den Anspruch eines Rechtsgenossen auf Erfüllung einer aus der Rechtsnorm resultirenden Pflicht". Was ist Anspruch, was ist Pflicht? — Bierling's Definition (Zur Kritik u. s. w., Bd. I, S. 144, Bd. II, S. 33) beruht ganz auf dem Rechtssatze als Bestandtheil des objektiven Rechtsbegriffs. Das subjektive Recht entsteht nach B., wenn der eine Gemeinschaftsnorm Anerkennende dieselbe auf die mitanerkennenden Genossen bezieht. Mit der Ausscheidung der Rechtssätze aus dem Begriff des objektiven Rechts fällt auch diese Definition.

lassen. Da es jedoch den Rahmen der vorliegenden Untersuchung durchaus überschreiten würde, wenn ich beginnen wollte, alle Erscheinungsformen des subjektiven Rechtes daraufhin zu untersuchen, so begnüge ich mich damit, einige grundlegende Erscheinungen des Privatrechts kurz zu skizziren, um dem Leser eine allgemeine Anschauung über den Werth und die Konsequenzen der gefundenen Begriffsbestimmung zu ermöglichen. Um Mißverständnissen vorzubeugen, weise ich darauf hin, daß alle folgenden Darlegungen sich nur auf das Recht, die Rechtsgewohnheiten, beziehen und die Rechtssätze völlig unangetastet lassen. Daher würde ein etwaiger Widerspruch zwischen den nachfolgenden Aufstellungen und den Rechtssätzen eines positiven Rechtssystems oder deren logischem Organismus nicht ohne Weiteres einen Einwand gegen mich begründen. Der Kürze halber werde ich nur solche Rechtsgewohnheiten behandeln, welche als selbständige bestehen oder bestanden haben, und auf gesetzliche Gehorsamsgewohnheiten keine Rücksicht nehmen. Bei den gesetzlichen Gehorsamsgewohnheiten würde sich nur dies ändern, daß zu den im Folgenden genannten Begründungs-, Änderungs- und Aufhebungsthatsachen noch die Entstehungsthatsachen des Gesetzes hinzuträten, auf welchen die Entstehung, Änderung und Aufhebung des subjektiven Rechtes beruht, und daß dem entsprechend die Auslösung der Gewohnheitshandlung, deren Änderung und Hemmung nicht unmittelbar bei den im Folgenden genannten Vorstellungen, sondern erst nach Hinzutritt der Norm erfolgte, welche durch jenes Gesetz in der Seele entsteht.

Verschiedenheit und Identität der Rechte.

Der Art nach werden die subjektiven Rechte geschieden nach der Beschaffenheit des Genusses, welcher ihren Inhalt bildet, nicht nach den Begründungsthatsachen. Denn der Art nach gleiche Rechte können durch ganz verschiedene Thatsachen begründet werden, so Eigenthumsrechte durch die Thatsachen der Okkupation, durch die Thatsachen des Kaufs und der Tradition, der Ersitzung u. s. w. Die Beschaffenheit des Genusses wird wesentlich bedingt durch die Gestalt der Rechtsgewohnheit, welche den Genuß gewährt. — Die konkrete Verschiedenheit und Identität der subjektiven Rechte beruht auf den Begründungsthatsachen. Jeder konkrete Komplex von Begründungsthatsachen schafft ein in concreto besonderes sub-

jektives Recht. Das konkrete subjektive Recht behält so lange seine Identität, als die Vorstellung der geschehenen konkreten Begründungsthatsachen geeignet bleibt, auf die Gewohnheit zu wirken. Sind Thatsachen — Willensäußerungen des Berechtigten oder andere Thatsachen — geschehen, deren Vorstellung eine Änderung der Gewohnheitshandlung herbeiführt, muß aber die Vorstellung dieser Änderungsthatsachen sich mit der Vorstellung der alten Begründungsthatsachen verbinden, um die Gewohnheitshandlung thatsächlich in ihrer geänderten Gestalt auszulösen, so hat das mit den alten Begründungsthatsachen entstandene Recht nur eine andere Gestalt gewonnen, aber nicht seine Identität verloren.

Entstehung, Veränderung, Erlöschen der Rechte.

Das subjektive Recht ist entstanden, wenn die Begründungsthatsachen wirklich geschehen sind, d. h. die Thatsachen, welche den Berechtigten, das durch Willensäußerungen auf die Gewohnheitsbewegung einwirkende Individuum, eindeutig bestimmen. Von diesem Augenblicke an hat der Berechtigte die Aussicht, daß seine Willensäußerungen auf die Bewegung der Rechtsgewohnheit ändernd einwirken werden, und damit auch den Genuß, welcher zum subjektiven Rechte gehört. Das subjektive Recht hat sich geändert, sobald zu den Begründungsthatsachen solche Thatsachen — seien dies Willensäußerungen des Berechtigten oder andere Thatsachen — hinzugetreten sind, deren Vorstellung sich mit der Vorstellung der Begründungsthatsachen verbindet und in dieser Verbindung ändernd auf die Gewohnheitsbewegung einwirkt. Das Fortwirken der alten Begründungsthatsachen hält die Identität des Rechtes aufrecht. Das subjektive Recht ist erloschen, wenn solche Thatsachen — Willenserklärungen des Berechtigten oder andere Thatsachen — wirklich geschehen sind, deren Vorstellung sich gleichfalls mit der Vorstellung der Begründungsthatsachen verbindet, alsdann aber bewirkt, daß die Vorstellung der alten Begründungsthatsachen nicht mehr im Stande ist, die Gewohnheitshandlung auszulösen.

Eine Art der Rechtsveränderung ist der Rechtsübergang auf andere Berechtigte. Hierbei werden wiederum gewisse Thatsachen — Willenserklärungen des im Augenblicke Berechtigten oder andere Thatsachen — gesetzt, deren Vorstellung sich mit der Vorstellung

der früher geschehenen Begründungsthatsachen verbindet, und in dieser Verbindung die Gewohnheitsbewegung in gewisser Weise zu Gunsten eines anderen konkreten Individuum ändert. Überdies wirken alsdann Willenserklärungen dieses anderen Individuum auf die Gewohnheitsbewegung hemmend oder nochmals ändernd ein, wenn die Vorstellung der Willenserklärungen mit jenem Vorstellungsganzen, welches durch die verbundene Vorstellung der Begründungs- und Änderungsthatsachen gebildet wird, zusammenfließt. Dieses andere Individuum ist also berechtigt. Weil die alten Begründungsthatsachen fortwirken, so hat dieses andere Individuum sein Recht nicht als neu entstandenes, sondern als ein solches erworben, welches schon früher für einen Berechtigten bestand. — Bewirkt die Vorstellung der Übergangsthatsachen, daß die Rechtsgewohnheit sich zu Gunsten des neuen Berechtigten genau in derselben Art in Bewegung setzt wie zu Gunsten des alten, zu Gunsten dieses aber gar nicht mehr, daß auch Willenserklärungen des neuen Berechtigten genau in derselben Art auf die Gewohnheitsbewegung einwirken wie bisher Willenserklärungen des alten Berechtigten, letztere aber ihre Kraft einzuwirken völlig verlieren, — tritt also der neue Berechtigte ganz an die Stelle des alten, während dieser aufhört, berechtigt zu sein: so spricht man von translativem Rechtsübergang. Lassen dagegen die Übergangsthatsachen den Begründungsthatsachen ihre Kraft, die Rechtsgewohnheit zu Gunsten des alten Berechtigten auszulösen und in Verbindung mit Willenserklärungen des alten Berechtigten die Gewohnheitsbewegung zu beeinflussen, — behält also der alte Berechtigte sein Recht, wenn auch vielleicht als ein geändertes: so spricht man von konstitutivem Rechtsübergang.

Die sogenannten absoluten Rechte.

Eine wichtige Klasse negativer Gewohnheiten hat folgende Gestalt: wenn die Seele wahrnimmt, daß sie im Begriffe stehe, eine Handlung vorzunehmen, welche andere Individuen in dem Genuß gewisser durch bestimmte Thatsachen mit den anderen Individuen in Beziehung gesetzter Güter schmälern würde, so unterdrückt sie vermöge der Gewohnheit den Willensantrieb zu dieser Handlung. Derart geschützte Güter sind das Leben, die Unversehrtheit des Körpers, die freie Bewegung desselben, die Ehre,

die wirthschaftliche Verwerthung von Kunstwerken, Gedanken und körperlichen Sachen.

1. Das Leben, die Unversehrtheit des Körpers, die freie Bewegung desselben, die Ehre.

Zum Anlaß der Gewohnheit, welche diese Güter schützt, gehört neben der Selbstwahrnehmung der beabsichtigten, schädigenden Handlung heute nur noch die Wahrnehmung eines menschlichen Individuum. Denn heute werden diese Güter bei jedem menschlichen Individuum als solchem geachtet. Eine Vorstellung von Willensäußerungen der Individuen wirkt in unserer Zeit auf die Bewegung der Gewohnheit nicht ein. Niemand kann heute auf den Schutz seines Lebens, seiner Gesundheit, seiner Freiheit, seiner Ehre verzichten. Zwar bewirken gewisse Verletzungen des Rechts und der Sitte, daß der Anlaß der geschilderten unterdrückenden Gewohnheit den schuldigen Individuen gegenüber in Fortfall kommt. Allein, was hier wirkt, ist nicht die Vorstellung einer Willensäußerung, sondern die Vorstellung, daß eine Willensäußerung mit Gewohnheiten der Sitte oder des Rechts nicht übereinstimme. Daher schaffen die Gewohnheiten, welche die aufgezählten Güter schützen, in der modernen Zeit nicht subjektives Recht. In früheren Zeiten thaten sie es. Damals gehörte zum Gewohnheitsanlaß nicht nur die Wahrnehmung eines menschlichen Individuum überhaupt, sondern auch noch die Wahrnehmung bestimmter Merkmale, welche das zu achtende Individuum in das eigene Volk des Trägers der achtenden Seele, in einen gewissen Stand innerhalb dieses Volkes einreihten. Körper, Freiheit und Ehre des Fremden, des Sklaven wurden nicht geachtet. Was man an dem Sklaven achtete, war nicht Körper und Freiheit des Sklaven als Individuum, sondern die wirthschaftliche Nutzung, welche der Sklave als lebende Sache seinem Herrn gewährte: nicht die Vorstellung des Sklaven als eines Individuum wirkte erregend auf die Rechtsgewohnheit, sondern die Vorstellung des Herren und der Thatsachen, welche das Recht des Herren an dem Sklaven begründeten. Vielfach konnten nun die Individuen eines höheren Standes schlechtweg durch darauf gerichtete Willenserklärungen sich die Merkmale eines niederen Standes beilegen, so daß die Gemeinschaftsgenossen aufhörten, die Individuen als solche in den aufgezählten Gütern

zu achten. Die Vorstellung einer Willensäußerung der Individuen des höheren Standes wirkte also auf die Bewegung der Gewohnheit ein. Dadurch wurde der Genuß, welchen die Gewohnheit den Angehörigen der bestimmten Stände gewährte, zum Recht derselben.

2. Die wirthschaftliche Verwerthung von Kunstwerken, Gedanken und Sachen.

Die Vorstellung, daß ein bestimmtes Individuum ein bestimmtes Kunstwerk geschaffen, eine bestimmte Gedankenfolge gefunden hat, die Vorstellung, daß ein bestimmtes Individuum eine bestimmte Sache okkupirt, ersessen hat, durch Auflassung auf seinen Namen hat umschreiben lassen u. s. w., bewirkt vermöge der Gewohnheit die Unterdrückung jeder Handlung, welche jenes Individuum in der wirthschaftlichen Verwerthung des Kunstwerkes, der Gedankenfolge, der Sache beeinträchtigen könnte, wenn die Wahrnehmung, daß die Seele eine solche Thätigkeit vornehmen will, in ihr auftaucht. Das beschriebene Vorstellungsganze erregt die Gewohnheit in allen Individuen der Rechtsgemeinschaft, auch in dem Individuum, das durch jene Thatsachen bestimmt ist. Dieses Individuum vermeidet also vermöge der Gewohnheit alle Handlungen, durch welche es sich selbst in der wirthschaftlichen Verwerthung des Kunstwerkes, der Gedankenfolge, der Sache stören könnte, d. h. es läßt sich in der Verwerthung freie Hand.

Die Vorstellung von Willensäußerungen, welche das durch jene Thatsachen bestimmte Individuum abgegeben hat, wirken auf die Art der Gewohnheitsbewegung ein; mindestens bewirkt die Vorstellung verzichtender Willenserklärungen, wenn sie sich mit der Vorstellung der Begründungsthatsachen verbindet, daß diese Vorstellung aufhört, die Gewohnheitshandlung auszulösen. Daher ist der Genuß, den die Gewohnheit demjenigen Individuum gewährt, an welchem jene Thatsachen sich verwirklicht haben, das Recht desselben.

Die subjektiven Rechte, welche sich auf die Verwerthung von Kunstwerken, Gedanken und Sachen beziehen, sind mit einem doppelten Genuß verbunden, mit dem Genuß, den die Rechtsgewohnheit, und mit dem Genuß, den die wirthschaftliche Verwerthung des Kunstwerkes, der Gedanken, der Sache gewährt. Den Inhalt

des subjektiven Rechtes bildet nur der Genuß der Rechtsgewohnheit. Daher verliert das Recht nicht sein Dasein, wenn die Verwerthung des Kunstwerkes, der Gedanken, der Sache dem Berechtigten durch irgend welche Ursachen entzogen wird.

Die Rechte, welche sich auf die wirthschaftliche Ausnutzung körperlicher Sachen beziehen, nennt man herkömmlich dingliche Rechte. Die ebenso hergebrachte Anschauung, daß das dingliche Recht an der Sache hafte, enthält ein nicht unzutreffendes Bild. Denn die Rechtsgewohnheit, welche das dingliche Recht erzeugt, geräth erst dann in Bewegung, wenn die Seele wahrnimmt, daß sie im Begriffe stehe, eine Einwirkung auf die Sache vorzunehmen, was immer eine gewisse körperliche Nähe zwischen dem die Gewohnheit in sich tragenden Individuum und der Sache voraussetzt. Ich gehe im Folgenden näher auf diejenigen dinglichen Rechte ein, welche sich auf die wirthschaftliche Ausnutzung von Grundstücken beziehen.

Waren in Rom die Begründungsthatsachen des Eigenthums an einem Grundstücke geschehen, so setzte die Vorstellung dieser Thatsachen eine Gewohnheit in Bewegung, welche Schädigungen des Eigenthümers in der gesammten überhaupt üblichen Ausnutzung des Grund und Bodens unterdrückte. Sollte ein Individuum für eine beschränktere Art der Sachnutzung in den Rechtsgenuß der Gewohnheit eingesetzt werden, so konnte dies — von der Ersitzung abgesehen — nur geschehen, indem zu den Begründungsthatsachen eines bestehenden Eigenthumsrechtes Rechtsübergangsthatsachen hinzutraten. Die Rechtsübergangsthatsachen bestimmten eine gewisse beschränktere Nutzungsart des Grundstückes und ein zweites berechtigtes Individuum. Trat die Vorstellung der Übergangsthatsachen im Anlasse neben die Vorstellung der Begründungsthatsachen des Eigenthums, so wurde die Rechtsgewohnheit in der Weise in Bewegung gesetzt, daß die Seele alle Handlungen unterdrückte, welche das zweite berechtigte Individuum in der beschränkteren Nutzungsart hätten schmälern können. Die Rechtsgewohnheit wurde in allen Gemeinschaftsgenossen derart erregt, auch in dem Eigenthümer, auch in dem zweiten Individuum. Das letztere vermied also sämmtliche Handlungen, durch welche es sich selbst in der beschränkteren Nutzungsart hätte hindern können, d. h., es ließ sich in der Ausübung der beschränkteren Nutzungsart freie Hand.

Das Geſchehen der Rechtsübergangsthatſachen nahm den Begründungsthatſachen des Eigenthums in keiner Weiſe ihre Kraft. Die Vorſtellung der Begründungsthatſachen blieb an ſich nach wie vor geeignet, die unterdrückende Thätigkeit zu Gunſten des Eigenthümers in dem alten Umfange bei Wahrnehmung einer beabſichtigten ſchädigenden Handlung auszulöſen. Vorgeſtellte Willenserklärungen des Eigenthümers blieben an ſich nach wie vor geeignet, in Verbindung mit der Vorſtellung der geſchehenen Begründungsthatſachen auf die Art der Gewohnheitsbewegung in dem alten Umfange einzuwirken. Nur konnte der Anlaß der den Eigenthümer ſchützenden Rechtsgewohnheit de facto in der Seele ſich nicht bilden, wenn das durch die Rechtsübergangsthatſachen geſchaffene ius in re eine ſo ausgedehnte Nutzungsart des Grundſtücks umfaßte, daß der Eigenthümer an der Bewirthſchaftung des Grundſtücks ſich gar nicht mehr betheiligte. Denn alsdann war die einen weſentlichen Beſtandtheil des Anlaſſes bildende Wahrnehmung der Seele, daß ſie im Begriffe ſtehe, eine die Bewirthſchaftung durch den Eigenthümer ſchmälernde Handlung vorzunehmen, nach Lage der äußeren Thatſachen ausgeſchloſſen. Deshalb blieb die den Eigenthümer ſchützende Rechtsgewohnheit, ſo lange ein ſolches ausgedehntes ius in re beſtand, in Ruhe; die Gewohnheitshandlung blieb ſo lange de facto aus. Folgerecht konnten auch Willensäußerungen des Eigenthümers eben ſo lange die geänderte Gewohnheitshandlung de facto nicht herbeiführen. Der Eigenthümer konnte nichts als durch wirkliche Abgabe von Willenserklärungen in der Außenwelt die Thatſachen ſetzen, deren dem Anlaß hinzutretende Vorſtellung an ſich geeignet war, auf die Gewohnheitsbewegung ändernd einzuwirken. Der Anlaß der den Eigenthümer ſchützenden Rechtsgewohnheit, die Gewohnheitshandlung und die Änderung derſelben: dies Alles konnte de facto erſt wieder in die Erſcheinung treten, wenn das ius in re erloſch und die Bewirthſchaftung des Grundſtücks durch den zweiten Berechtigten fortfiel. Nichtsdeſtoweniger blieb es auch in der Zwiſchenzeit richtig, daß Begründungsthatſachen des Eigenthums wirklich geſchehen und Thatſachen, welche jenen ihre Kraft, auf die Rechtsgewohnheit zu wirken, nahmen, nicht hinzugetreten waren. Das Eigenthum hatte deshalb auch in der Zwiſchenzeit ſeinen Beſtand nicht verloren. Der Genuß, welchen die Rechtsgewohnheit

in der Zwischenzeit dem Besteller des ius in re gewährte, blieb nach wie vor sein Eigenthumsrecht: das ius in re war durch konstitutiven Rechtsübergang geschaffen.

Faßt man den Genuß, welcher den Inhalt des subjektiven Rechtes bildet, in das Auge, so zeigt sich, daß derselbe den größten Schwankungen unterliegen kann, ohne daß das dingliche Recht selbst seine Identität verliert oder erlischt, ohne daß den geschehenen juristischen Begründungsthatsachen durch den Eintritt von Aufhebungsthatsachen die Kraft genommen wird, auf die Rechtsgewohnheit zu wirken. Der Genuß, welchen die Rechtsgewohnheit dem dinglich Berechtigten gewährt, besteht, wenn der Berechtigte auch die Sachnutzung thatsächlich hat, erstens in der Ruhe und Sicherheit des Sachgenusses, zweitens in der Aussicht auf den wirthschaftlichen Entgelt für das Setzen der die Gewohnheitshandlung ändernden oder hemmenden Willenserklärungen. Wird die thatsächliche Sachnutzung dem Berechtigten entzogen, sei es durch Bestellung eines ausgedehnten ius in re, sei es in Folge äußerer gewaltsamer Hindernisse, so schrumpft der erstere Genuß der Rechtsgewohnheit zusammen auf die Aussicht, nach Wegfall des ius in re oder des Hindernisses in der Sachnutzung nicht gestört zu werden. Der Genuß dieser Aussicht sinkt in demselben Verhältnis, in welchem das ius in re oder das Hindernis an voraussichtlicher Zeitdauer zunimmt. In demselben Verhältnis sinkt auch der wirthschaftliche Entgelt für Aufgabe und Veräußerung des Rechts und damit auch der Umfang des Genusses, den die Aussicht auf diesen Entgelt gewährt. Sobald aber der Berechtigte die Sachnutzung wieder erhält, schwillt der Genuß, welchen die Rechtsgewohnheit dem Berechtigten gewährt, zu seinem früheren Umfange wieder an. Dies ist die Elasticität der dinglichen Rechte.

In Deutschland entwickelte sich eine gänzliche Spaltung und Trennung der dinglichen Rechte an Grundstücken nach verschiedenen Nutzungsarten derselben, nämlich der Jagd, dem Bergbau und der sonst üblichen Nutzung. Die Thatsachen, deren Vorstellung durch die ausgelöste Bewegung unterdrückender Rechtsgewohnheiten bewirkte, daß die Gemeinschaftsgenossen bestimmte berechtigte Individuen in der Ausübung entweder der Jagd oder des Bergbaues oder der sonst üblichen Nutzung auf bestimmten Theilen der Erdoberfläche achteten, waren bei jeder der aufgezählten Nutzungs-

arten andere. Die Thatsachen wirkten bei jeder dieser Nutzungsarten völlig unabhängig von einander. Daher waren auch die Rechte, welche durch diese Thatsachen entweder für die Jagd oder für den Bergbau oder für die sonst übliche Nutzung der Erdfläche begründet wurden, von einander unabhängig. Sie beruhten nicht, wie in Rom die iura in re, auf einem einzigen sie alle umfassenden Rechte.

3. Der Besitz.

Die Auslösung der bisher beschriebenen Rechtsgewohnheiten, welche dingliche Rechte erzeugen, erfordert neben der Wahrnehmung der schädigenden Handlung die Vorstellung der Begründungsthatsachen des Rechts. Diese Vorstellung ist nur dann möglich, wenn der Seele die Begründungsthatsachen bekannt sind. Die Thatsache also, daß die einzelnen dinglich Berechtigten im Großen und Ganzen von allen Gemeinschaftsgenossen in der Sachnutzung geachtet werden, würde, wenn diese Achtung allein auf den bisher beschriebenen Rechtsgewohnheiten beruhen sollte, voraussetzen, daß im Großen und Ganzen alle Gemeinschaftsgenossen, welche mit ihren wechselseitigen Sachgütern in Berührung treten, die konkreten Begründungsthatsachen der wechselseitigen dinglichen Rechte kennen. Nun ist aber eine derart verbreitete Kenntnis der konkreten Begründungsthatsachen jedes einzelnen konkreten Rechtes nur unter ganz einfachen Verhältnissen denkbar, wenn die Gemeinschaftsgenossen höchstens in dorfähnlichen Verbänden zusammenleben und der Verkehr noch auf einer niedrigen Stufe der Entwickelung steht. Unter solchen Verhältnissen pflegen die Gemeinschaftsgenossen, welche der Verkehr mit Sachgütern anderer Gemeinschaftsgenossen zusammenbringt, in der That auch die Rechte zu kennen, welche an diesen Gütern haften. Wenn aber die Verbände, in welchen die Gemeinschaftsgenossen zusammenleben, zu Städten angeschwollen sind, wenn der Verkehr entferntere Gegenden umspannt, so kommen unendlich häufig Gemeinschaftsgenossen mit Sachgütern in Berührung, deren Rechtsverhältnisse ihnen unbekannt sind. Alsdann reichen die bisher beschriebenen Rechtsgewohnheiten nicht aus, um die allgemeine Achtung der dinglich Berechtigten zu erklären. Allein es bildet sich im Laufe der Zeit neben den bisher beschriebenen Gewohnheiten eine andere Gewohnheit aus, welche schädigende Handlungen schon dann unterdrückt, wenn sich der

Wahrnehmung, daß die Seele eine solche beabsichtigt, die Wahrnehmung hinzugesellt, daß ein Individuum die Sachnutzung, welche von der schädigenden Handlung betroffen werden würde, thatsächlich ausübt. Diese Gewohnheit wird früher oder später, in größerem oder geringerem Umfange zur Rechtsgewohnheit, indem Gerichtsgebrauch und Gesetz ihre Verletzung mit Zwangsfolgen ausstatten. Subjektives Recht schafft aber diese Rechtsgewohnheit nicht. Denn Willensäußerungen des die Sachnutzung thatsächlich ausübenden Individuum, des Besitzers, wirken nicht ändernd auf die Gewohnheitsbewegung ein. Wenn die Gewohnheit sich nach Aufgabe des Besitzes nicht mehr zu Gunsten des bisherigen Besitzers in Bewegung setzt, so beruht dies lediglich darauf, daß der frühere Besitz nicht mehr wahrgenommen wird, daher der Anlaß mit dem früheren konkreten Zusatz sich nicht mehr bilden kann. Wenn die Rechtsgewohnheit sich nach Übergang des Besitzes auf ein anderes Individuum zu Gunsten des letzteren in Bewegung setzt, so beruht dies wiederum lediglich darauf, daß jetzt statt des früheren Besitzes der Besitz eines anderen Individuum wahrgenommen wird. Keineswegs führen verzichtende oder veräußernde Willenserklärungen diese Änderungen der Gewohnheitsbewegung herbei, indem die Vorstellung solcher Erklärungen der Vorstellung des früheren Besitzes — dieser würde den Begründungsthatsachen eines subjektiven Rechtes entsprechen — hinzutritt.

Die obligatorischen Rechte.

Die Begründungsthatsachen der dinglichen Rechte lösen die entsprechende Rechtsgewohnheit in allen Gemeinschaftsgenossen aus, wenn sich die Selbstwahrnehmung der beabsichtigten schädigenden Handlung mit der Vorstellung der Begründungsthatsachen verbindet. Die Begründungsthatsachen reiner obligatorischer Rechte lösen bei ihrer Vorstellung die entsprechende Rechtsgewohnheit immer nur in gewissen Individuen aus, in Individuen, welche gewisse Merkmale an sich tragen. Diese Merkmale ergeben sich aus den Begründungsthatsachen gleichwie die Merkmale des Berechtigten. Der Vertrag löst die Gewohnheit, das gegebene Wort zu halten, in demjenigen Individuum aus, welches sich in dem Vertrage verpflichtet hat; das Legat löst die Gewohnheit, die Anordnungen des Testators zu erfüllen, in demjenigen Individuum aus, welchem die

Zuwendung an den Legatar auferlegt ist. Diese umfänglich eingeschränktere Wirkung der Begründungsthatsachen obligatorischer Rechte beruht darauf, daß ihre Vorstellung nicht allein und für sich, sondern erst dann ausreicht, die Rechtsgewohnheit auszulösen, wenn — unvermerkt — die Selbstwahrnehmung der Seele hinzugetreten ist, daß die beschriebenen, in den Begründungsthatsachen enthaltenen Merkmale auf den eigenen Träger der Seele passen. Das durch diese Merkmale bestimmte Individuum nennt man den Verpflichteten. Wie dem Begriffe des Berechtigten wesentlich ist, daß derselbe von der Rechtsgewohnheit, welche durch die Begründungsthatsachen erregt wird, Genuß hat, so gehört zum Begriffe des Verpflichteten nothwendig, daß derselbe vermöge bewegter Rechtsgewohnheiten die Lasten trägt, welche mit der Ausführung der durch die Vorstellung der Begründungsthatsachen ausgelösten Gewohnheitshandlung verbunden sind.

Bei den reinen obligatorischen Rechten handelt es sich im Gegensatze zu den absoluten Rechten immer nur um einen Genuß, um den Genuß, den die Rechtsgewohnheit dem Berechtigten bietet. Der Genuß besteht in dem Vortheil, welchen die Ausführung der Gewohnheitshandlung durch den Verpflichteten und die Abgabe einwirkender Willenserklärungen durch den Berechtigten dem letzteren bringt, sowie in der Aussicht auf diese Vortheile.

Diejenigen Rechte, deren Begründungsthatsachen nur in bestimmten Individuen, den Verpflichteten, die Rechtsgewohnheit in Bewegung setzen, lassen sich so verändern, daß statt der ursprünglich Verpflichteten andere eintreten. Es werden bestimmte Thatsachen gesetzt, deren Vorstellung in dem ursprünglich Verpflichteten die Gewohnheitsbewegung hemmt, dafür aber so wie bisher in dem ursprünglich Verpflichteten so jetzt in einem anderen Individuum die Rechtsgewohnheit auslöst, wenn die Vorstellung der alten Begründungsthatsachen sich mit der Vorstellung dieser Änderungsthatsachen verbindet. Das Fortwirken der alten Begründungsthatsachen hält die Identität des Rechts aufrecht. Man spricht in solchem Falle von einem passiven Übergang des Rechts.

Das Pfandrecht.

Das Pfandrecht wird — im Gegensatze zur Bürgschaft — niemals als neu entstandenes Recht, sondern stets durch Veränderung

ſchon beſtehender Rechte geſchaffen. Um dies zu erläutern, gehe ich einige Formen des Pfandrechtes durch.

Bei der altrömiſchen fiducia wurden die translativen Übergangsthatſachen eines konkreten Eigenthumsrechtes geſetzt, welche den Pfandgläubiger zum Inhaber desſelben machten. — Sollte in Rom eine hypotheca an Sachen beſtellt werden, ſo wurden Thatſachen geſetzt, welche nach Hinzutritt noch anderer Thatſachen — dem formgerechten Pfandverkauf — den translativen Übergang des konkreten Eigenthumsrechtes auf ein anderes Individuum herbeiführten. Dieſe Bewegung der Gewohnheit gewährte dem Pfandgläubiger Genuß. Denn der Thatſachenkomplex des Pfandverkaufs beſtand zum Theil aus Willenserklärungen des Pfandgläubigers und für das Setzen dieſer Willenserklärungen erhielt der Pfandgläubiger von dem Pfandkäufer materiellen Entgelt. Vor dem Pfandverkauf hatte der Pfandgläubiger die ſichere Ausſicht auf dieſen Entgelt. Auch konnte der Pfandgläubiger außerdem noch durch Verzicht und Weiterverpfändung auf die Gewohnheitsbewegung einwirken, welche Möglichkeit ebenfalls Ausſicht auf materiellen Vortheil gewährte. Die Merkmale des alſo einwirkenden Pfandgläubigers waren bereits in den bei Beſtellung der Hypothek vorgekommenen Thatſachen enthalten. Mit dem Geſchehen dieſer Thatſachen war daher das Recht des hypothekariſchen Pfandgläubigers begründet. Die wirkliche Bewegung der Rechtsgewohnheit, welche dem Pfandgläubiger den beſchriebenen Genuß brachte, trat erſt nach dem Pfandverkaufe ein. Im Anlaß mußte alsdann nicht allein die Vorſtellung der Thatſachen des Pfandverkaufs, ſondern auch die Vorſtellung der Thatſachen vorhanden ſein, welche das konkrete Eigenthum an der Pfandſache begründet hatten. Daher war das Recht des Pfandkäufers ſowohl wie das des hypothekariſchen Pfandgläubigers nicht ein neu entſtandenes, ſondern das alte Eigenthumsrecht an der Pfandſache in geänderter Geſtalt. Das Recht des Pfandkäufers beruhte auf translativem, das Recht des Pfandgläubigers auf konſtitutivem Rechtsübergang. Denn das Recht des Eigenthümers erloſch erſt mit dem Pfandverkauf; vorher ſetzte ſich die Rechtsgewohnheit zu Gunſten des Eigenthümers noch ebenſo in Bewegung wie bisher, gewährte ihm auch noch die Möglichkeit, auf die Gewohnheitsbewegung durch Willenserklärungen einzuwirken. Für die moderne Hypothek an Grundſtücken gilt nichts anderes,

nur daß die Pfandbeſtellung durch Eintragung in ein öffentliches Buch geſchieht, und daß an die Stelle des außergerichtlichen Pfandverkaufs der große Thatſachenkomplex der gerichtlichen Zwangsverſteigerung getreten iſt. Für das Fauſtpfand gilt das über die Hypothek Geſagte ebenfalls, nur daß gleichzeitig mit der Pfandbeſtellung Thatſachen geſetzt werden, deren Wahrnehmung in Verbindung mit den vorgeſtellten Begründungsthatſachen des Eigenthums geeignet iſt, die Rechtsgewohnheit ſofort in gewiſſer Weiſe zu Gunſten des Pfandgläubigers in Bewegung zu ſetzen. Die beſchriebene Vorſtellungsverbindung bewirkt nämlich, daß die Gemeinſchaftsgenoſſen den Pfandgläubiger im Beſitze der Pfandſache achten. Wenn ſich bei der Selbſtwahrnehmung der Seele, daß ſie im Begriffe ſtehe, eine den Beſitz des Pfandgläubigers ſtörende Handlung vorzunehmen, dieſe Vorſtellungsverbindung einſtellt, ſo wird die Gewohnheit in Bewegung geſetzt und die beabſichtigte Handlung dadurch unterdrückt. Um den aus dieſer Gewohnheitsbewegung entſpringenden Genuß iſt der Fauſtpfandgläubiger reicher als der blos hypothekariſche Pfandgläubiger. — Bei der Verpfändung von Forderungen werden Thatſachen geſetzt, welche bei ihrer Vorſtellung gewiſſe Änderungen der Gewohnheitsbewegung in dem Schuldner herbeiführen. Wenn ſich bei der Fälligkeit der verpfändeten Forderung die Vorſtellung dieſer Thatſachen mit der Vorſtellung der die Forderung begründenden Thatſachen im Anlaſſe verbindet, ſo löſt ſich die Rechtsgewohnheit, welche auf die Erfüllung der Forderung hinwirkt, in der Geſtalt aus, daß der Schuldner an den Pfandgläubiger zahlt. Werden weitere Thatſachen, an denen Willensäußerungen des Pfandgläubigers einen weſentlichen Antheil haben, geſetzt, ſo führen dieſe Thatſachen den translativen Übergang des Forderungsrechtes auf ein anderes Individuum herbei. Beide Bewegungen der Gewohnheit gewähren dem Pfandgläubiger Genuß, die erſtere durch den Empfang der Leiſtung und die Ausſicht auf die Leiſtung, die letztere durch den Entgelt, welchen der Pfandgläubiger für die Abgabe ſeiner veräußernden Willenserklärung erhält, und durch die Ausſicht auf dieſen Entgelt. Mit den bei der Verpfändung der Forderung geſetzten Thatſachen iſt der Pfandgläubiger, das Individuum, welches durch ſeine Willensäußerungen den Pfandverkauf herbeiführen und etwa auch ſonſt noch ändernd auf die Gewohnheitsbewegung einwirken kann, eindeutig beſtimmt. Mit dem

Setzen dieſer Thatſachen iſt deshalb das Recht des Pfandgläubigers entſtanden. Die beſchriebenen Gewohnheisbewegungen erfordern die Vorſtellung der Thatſachen, durch welche die verpfändete Forderung begründet wurde. Daher iſt das Recht des Forderungskäufers ſowohl wie das Recht des Pfandgläubigers kein neu entſtandenes Recht, ſondern durch eine Veränderung des verpfändeten Forderungsrechtes, durch Rechtsübergang, gebildet. Wiederum iſt das Recht des Pfandgläubigers durch konſtitutiven Rechtsübergang geſchaffen. Denn die Begründungsthatſachen der verpfändeten Forderung verlieren durch die Beſtellung des Pfandrechtes nicht die Kraft, die Rechtsgewohnheit auch noch für den Gläubiger der verpfändeten Forderung in Bewegung zu ſetzen und dieſe Bewegung in Verbindung mit Willensäußerungen des Gläubigers zu beeinfluſſen. Erliſcht etwa das Pfandrecht, bevor es zum Pfandverkaufe kommt, ſo bewegt die Vorſtellung der alten Begründungsthatſachen die Rechtsgewohnheit für den Gläubiger genau ebenſo wie vor der Verpfändung und beeinflußt in Verbindung mit Willensäußerungen des Gläubigers dieſe Bewegung genau ebenſo wie vor der Verpfändung.

Bei allen Formen des Pfandrechtes wird auch in dem Berechtigten, dem Pfandgläubiger, ſelbſt eine Gewohnheit in Bewegung geſetzt, bei der fiducia durch einen neben der Eigenthumsübertragung hergehenden Vertrag, das pactum fiduciae, bei den anderen hier geſchilderten Formen durch die Thatſache der Pfandbeſtellung ſelbſt. Die Vorſtellung des pactum fiduciae, der Beſtellungsthatſachen löſt in dem Pfandgläubiger eine Gewohnheit aus, welche darauf hinwirkt, daß derſelbe den materiellen Vortheil, der ihm durch die ſein Recht erzeugenden Gewohnheiten gewährt wird, nur dazu verwendet, um ſich wegen einer beſtimmten Forderung zu befriedigen. Dieſe mit dem Pfandrechte ſtets verbundene Gewohnheitsbewegung in dem Pfandgläubiger ſelbſt ſchränkt den Genußinhalt des Pfandrechtes in einer eigenartigen Weiſe ein. Sie verleiht dem ſonſt in ſehr mannigfaltigen Formen auftretenden Pfandrechte ein eigenthümliches, einheitliches Gepräge und rechtfertigt dadurch, daß man all die mannigfaltigen Rechtsformen zu einer einzigen Art von Rechten, eben dem Pfandrechte, zuſammenfaßt.

Das Erbrecht.

Der Tod eines Individuum führt, zusammen mit anderen Thatsachen — verwandtschaftlichem Verhältnis, förmlichen Willenserklärungen des Verstorbenen — den translativen Übergang der vererblichen Rechte des Verstorbenen auf ein anderes, durch eben jene Thatsachen bestimmtes Individuum, den Erben, herbei, in Rom häufig erst, nachdem auch eine Willenserklärung dieses anderen Individuum, die aditio hereditatis, hinzugekommen war. Bestehen vererbliche Rechte Dritter, welche auf eine Gewohnheitsbewegung nur in bestimmten Individuen, den Verpflichteten, gehen, und ist der Verstorbene Verpflichteter, so bewirkt der beschriebene Thatsachenkomplex auch den passiven Übergang dieser Rechte von dem Verstorbenen auf den Erben. Es ist also ein und derselbe Thatsachenkomplex, welcher den Übergang sowohl aller vererblichen Rechte wie aller vererblichen Pflichten auf den Erben vermittelt. Dadurch wird der Genuß, welchen alle auf den Erben übergehenden Rechte für letzteren enthalten, mit der Einschränkung, welchen dieser Genuß durch die auf den Erben übergegangenen Pflichten erleidet, im Augenblicke des Übergangs zu einem einzigen Rechte des Erben zusammengeschlossen.

Das Familienrecht.

Der Genuß, welcher den Inhalt der Familienrechte im engeren, eigentlichen Sinne ausmacht, wird durch zwei verschiedene Gewohnheiten geliefert. Die eine Gewohnheit wird in den außerhalb der Familie stehenden Gemeinschaftsgenossen in Bewegung gesetzt. Nehmen die Genossen diejenigen Thatsachen wahr, welche ein Individuum der Familiengewalt eines anderen Individuum unterstellen, so enthalten sich die Genossen vermöge einer Gewohnheit aller Handlungen, die diese Familiengewalt beeinträchtigen könnten. Die zweite Gewohnheit regt sich in den Familiengliedern, welche der hausherrlichen Gewalt eines Individuum unterstellt sind. Dieselben gehorchen vermöge einer Gehorsamsgewohnheit den Anordnungen des Hausherrn. Beide Gewohnheiten sind Rechtsgewohnheiten. Bei Verletzungen der ersteren, in dritten Gemeinschaftsgenossen sich regenden Gewohnheit kann der Hausherr vermittelst staatlicher Organe nach Anstrengung eines Processes die

phyſiſche Gewalt des Rechtes herbeiführen. Bei Verletzung der Gehorſamsgewohnheit in den Familiengliedern kann der Hausherr noch heute ſelbſt zur Vollziehung rechtlicher Gewalt ſchreiten, ſofern nicht etwa außerdem auch hier der Staat ihm ſeinen Arm leiht. Weigert ſich nämlich die Ehefrau, dem Ehemanne zu folgen, ſo kommt der Anlaß der Gewohnheit, Gewalt gegen die Perſon zu unterdrücken, in dem Ehemanne in Fortfall, derart, daß derſelbe ſich frei fühlt, die Ehefrau mit Gewalt zu zwingen. Weigern die Kinder dem Vater den Gehorſam, ſo kommt die Gewohnheit, Gewalt gegen die Perſon zu unterdrücken, wiederum in dem Vater in Fortfall, derart, daß derſelbe ſich frei fühlt, die Kinder zu züchtigen. Auf die Bewegung beider Gewohnheiten wirken Willensäußerungen des Hausherrn ein. Bei der Gehorſamsgewohnheit in den Familiengliedern bilden die Willensäußerungen des Hausherrn ſogar den Anlaß überhaupt. Die unterdrückende Gewohnheitsbewegung in dritten Gemeinſchaftsgenoſſen kann durch erlaubende Willensäußerungen des Hausherrn beſeitigt werden. Daher iſt der ideelle Genuß, welchen die beiden Rechtsgewohnheiten dem Hausherrn gewähren, das Recht desſelben.

Die Gehorſamsgewohnheit gegenüber dem Vater iſt die erſte Rechtsgewohnheit, welche in dem heranwachſenden Individuum zur Entwickelung gelangt. In der väterlichen Züchtigung bei Verletzung dieſer Gewohnheit tritt dem Kinde zum erſtenmale die phyſiſche Gewalt des Rechtes entgegen.

Die Stellvertretung.

Wenn ein Individuum Stellvertreter eines Berechtigten geworden iſt, ſo ſind zu den Begründungsthatſachen des Rechts gewiſſe Änderungsthatſachen hinzugetreten, welche bewirken, daß Willensäußerungen des Stellvertreters, wenn ſich ihre Vorſtellung im Anlaſſe mit der Vorſtellung der Begründungs- und Änderungsthatſachen verbindet, die Gewohnheitsbewegung genau ebenſo beeinfluſſen, wie Willensäußerungen des vertretenen Berechtigten, ohne den Willenserklärungen des Letzteren ihre Kraft zu nehmen. Der Vertreter hat daher, ohne daß das Recht des Vertretenen erloſchen iſt, mit dem Eintritt der Stellvertretungsthatſachen ein gewiſſes Recht erworben, welches aus dem Rechte des Vertretenen durch konſtitutiven Übergang gebildet iſt; denn irgend welcher Genuß

ist, wie wir sahen, mit der Möglichkeit, durch Willenserklärungen auf die Bewegung von Rechtsgewohnheiten einzuwirken, stets verbunden. Allein der Genuß, den die Rechtsgewohnheit dem Vertreter gewährt, ist ein Genuß ganz anderer Art wie der, den die Gewohnheit dem vertretenen Berechtigten bietet. Denn die Vorstellung der die Stellvertretung begründenden Thatsachen erregt auch in dem Vertreter eine Rechtsgewohnheit, vermöge welcher er allen materiellen Vortheil, den die Bewegung der Rechtsgewohnheit bietet, nicht für sich behält, sondern dem Vertretenen aufspart. Deshalb ist das Recht des Vertreters ein Recht ganz anderer Art wie das des Vertretenen, während der Genuß des letzteren Dank der Gewohnheitsbewegung in dem Vertreter keine Einbuße erleidet, daher ein Recht derselben Art bleibt wie das, welches er ohne die Stellvertretung hatte. In dem procurator in rem suam tritt die Gewohnheitsbewegung, welche den Vertreter dazu veranlaßt, den aus der Gewohnheitsbewegung in dem Dritten entspringenden Vortheil dem Vertretenen aufzusparen, nicht ein. Der procurator in rem suam behält diesen Vortheil für sich. Dadurch nähert sich das Recht eines derartigen Stellvertreters der Art nach um ein Bedeutendes dem Rechte, von welchem ersteres abgeleitet ist, kommt ihm jedoch immer noch nicht gleich. Denn immer noch bleibt bestehen, daß Willensäußerungen des Vertretenen auf die Gewohnheitsbewegung in der Seele des Dritten einwirken, ja wenn sie mit widersprechenden Erklärungen des Vertreters zusammentreffen, denselben vorgehen, ihnen sogar die Kraft einzuwirken überhaupt nehmen können. Dadurch erhält der Genuß des procurator in rem suam eine dem Rechte des Vertretenen fremde Einschränkung.

Sind die Thatsachen eingetreten, welche ein Individuum zum Stellvertreter eines Verpflichteten machen, so löst die Vorstellung dieser Thatsachen, wenn sie mit der Vorstellung der Begründungsthatsachen des Rechtes im Anlaß zusammenfließt, die Rechtsgewohnheit auch in dem Vertreter aus, ohne daß den Begründungsthatsachen ihre Kraft, die Rechtsgewohnheit in der Seele des Vertretenen auszulösen, genommen wird. Die Vorstellung der die Stellvertretung begründenden Thatsachen beseitigt in dem Vertreter den Anlaß der Gewohnheit, den Zugriff auf fremde Güter zu unterdrücken, in Bezug auf Sachgüter des Beklagten, welche zur

Tilgung der Verbindlichkeit erforderlich und der Verwaltung des Vertreters unterstellt sind. Der Vertreter fühlt sich daher frei, die zur Tilgung der Verbindlichkeit erforderlichen Sachgüter dem seiner Verwaltung unterstellten Vermögen des Vertretenen zu entnehmen. In dem Vertretenen löst die Vorstellung der Stellvertretungsthatsachen eine Rechtsgewohnheit aus, dem Vertreter das zu ersetzen, was er etwa aus eigenen Kräften zur Tilgung der Verbindlichkeiten aufgewendet hat. Der Vertreter trägt mithin nicht die materiellen Lasten, welche mit der Ausübung der den Rechtsgenuß des Berechtigten erzeugenden Gewohnheitshandlung verbunden sind. Er ist aus diesem Grunde nicht der Verpflichtete. Die materiellen Lasten der Ausführung der Gewohnheitshandlung trägt Dank der Gewohnheitsbewegungen in dem Vertreter und in dem Vertretenen der letztere. Der Vertretene bleibt daher der Verpflichtete.

Es kann geschehen, daß ein einheitlicher Thatsachenkomplex für sämmtliche Rechte und Pflichten eines Individuum einen Vertreter schafft.

Die sogenannten subjektlosen Rechte.

Zu dem subjektiven Rechte gehört nach meiner Begriffsbestimmung wesentlich ein Berechtigter. Rechte ohne ein Subjekt, sogenannte subjektlose Rechte, giebt es nicht. Nichtsdestoweniger können Thatsachen geschehen sein, welche bei ihrer Wahrnehmung Rechtsgewohnheiten in Bewegung setzen oder wenigstens geeignet bleiben, die Bewegung herbeizuführen, ohne daß überhaupt oder zur Zeit Individuen vorhanden sind, auf welche der Begriff des Berechtigten paßt. Dieses sind die Fälle, in welchen man von subjektlosen Rechten spricht[15]). Ich gehe daran, einige von diesen Fällen zu entwickeln, zunächst solche, in welchen es dauernd an einem Berechtigten fehlt.

Wenn der Römer wahrnahm, daß er im Begriffe stehe, auf eine Sache schädigend einzuwirken, und mit dieser Wahrnehmung die Vorstellung derjenigen Thatsachen sich verband, welche die Sache zu einer res sacra oder religiosa machten, so unterdrückte

15) Jhering spricht von passiven Wirkungen der Rechte. Jahrbücher für Dogmatik, Bd. X, 1871.

er vermöge einer Gewohnheit den Antrieb zu der einwirkenden Handlung. In Folge des Wirkens dieſer Gewohnheit blieben die res sacrae und religiosae regelmäßig vor jeder ſchädigenden Einwirkung durch Menſchenhand bewahrt. Ein berechtigtes Individuum wurde durch die Thatſachen, welche eine Sache zu einer res sacra oder religiosa machten, nicht beſtimmt. — Wenn die Thatſachen eintreten, welche ein „Recht für eine Stiftung", wie man zu ſagen pflegt, begründen, ſo ſetzen dieſe Thatſachen die Rechtsgewohnheit genau ſo in Bewegung, wie wenn an Stelle der Stiftung ein natürliches Individuum ſtünde. Das Recht jedoch, welches ein ſolches Individuum auf Grund der Thatſachen haben würde, iſt nicht da; ein Berechtigter, welchem das Recht zukommen könnte, iſt nicht vorhanden. Die Stiftung als ein bloßer Begriff oder Komplex lebloſer Gegenſtände kann überhaupt keinen Willen hegen oder äußern, noch weniger alſo durch Äußerungen eines Willens auf die Bewegung der Rechtsgewohnheiten einwirken. Die Stiftung kann daher auch nicht berechtigtes Subjekt ſein. Der Vertreter der Stiftung hat zwar ein Recht, aus den bei der Stellvertretung erörterten Gründen aber ein anderes Recht wie das, welches einem natürlichen, an Stelle der Stiftung befindlichen Individuum zukommen würde. Die mit der Stiftung bedachten Individuen haben ebenfalls ein Recht. Dasſelbe beruht auf den Gewohnheitsbewegungen in dem Vertreter der Stiftung, vermöge welcher der Vertreter ſtiftungsgemäß verfährt, und auf dem Geſchehen eben jener Thatſachen, welche konkrete Individuen zu den von der Stiftung Bedachten machen: verbindet ſich mit der Vorſtellung dieſer Thatſachen die Vorſtellung von Willensäußerungen der Bedachten, ſo wirkt das dadurch entſtehende Vorſtellungsganze eine Beeinfluſſung der Gewohnheitsbewegungen in dem Vertreter. Allein es iſt klar, daß die Rechtsgewohnheiten und Thatſachen, welche konkrete Individuen zu den mit der Stiftung *Bedachten* machen, völlig andere Rechtsgewohnheiten und Thatſachen ſind, wie die hier in Rede ſtehenden, welche ein Individuum an *Stelle der Stiftung* zum Berechtigten machen würden. Daher iſt auch das Recht der mit der Stiftung Bedachten ein völlig anderes wie das, welches das letztere Individuum haben würde. Aus der Gewohnheitsbewegung, welche die Vorſtellung der hier in Rede ſtehenden Thatſachen in dritten Gemeinſchaftsgenoſſen herbeiführt, fließt materieller Vortheil. Dieſen

Vortheil ſpart der Vertreter der Stiftung vermöge der Gewohnheitsbewegungen, welche die Vorſtellung der die Stellvertretung begründenden Thatſachen in ihm erregt, für die ſtiftungsmäßige Verwendung auf.

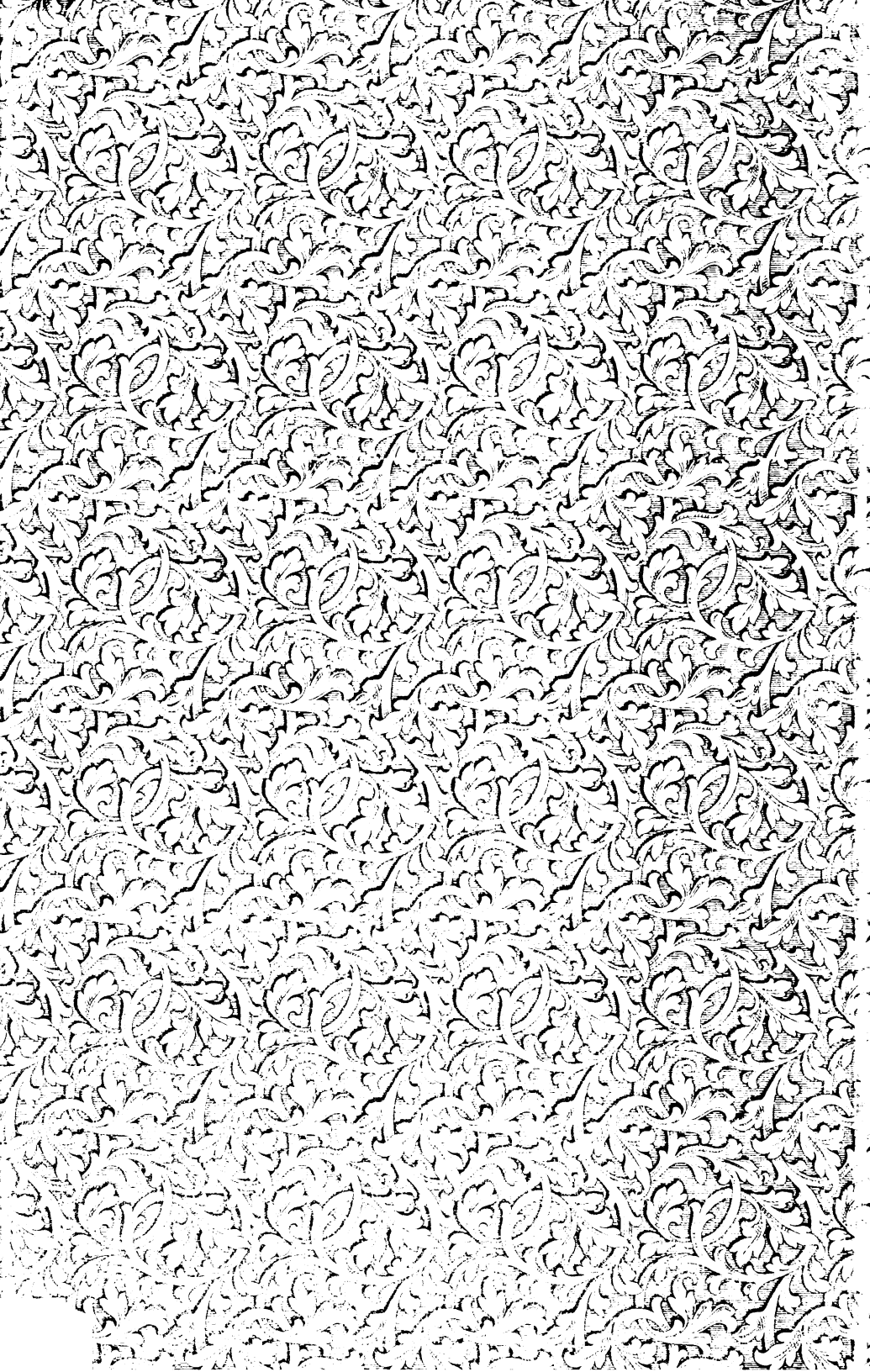
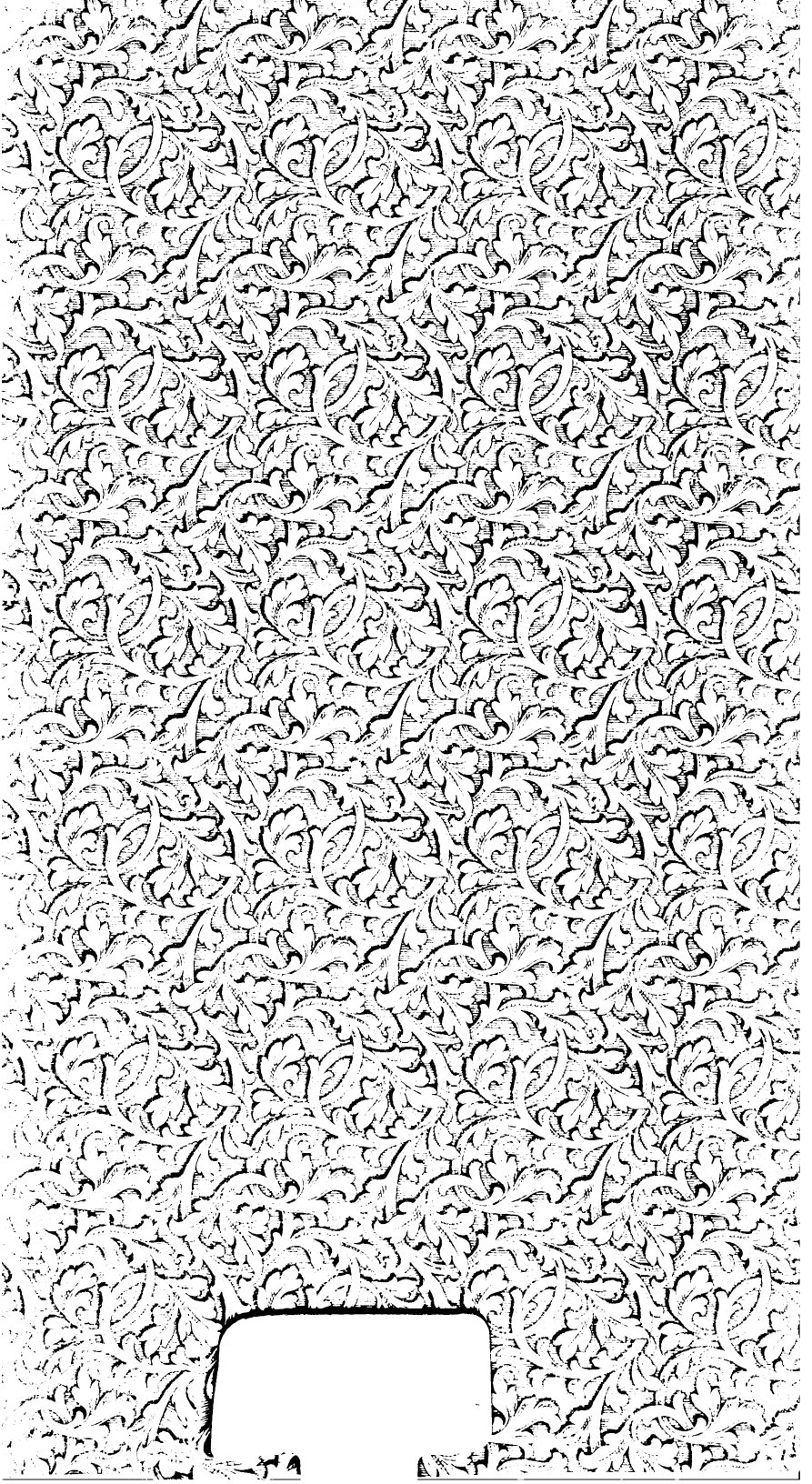
Es giebt zahlreiche Verhältniſſe, bei welchen es nur zeitweiſe an einem Berechtigten fehlt.

Eine Konſequenz der hier vertretenen Begriffsbeſtimmung des ſubjektiven Rechtes iſt die, daß die Rechtsfähigkeit die Handlungsfähigkeit vorausſetzt. Denn da zum Begriffe des Berechtigten gehört, daß ſeine Willenserklärungen auf die Bewegung der Rechtsgewohnheiten einwirken, ſo paßt der Begriff nicht, wenn ein Individuum Merkmale an ſich trägt, bei deren Wahrnehmung die Fähigkeit ſeiner Willenserklärungen einzuwirken allgemein aufhört. Sind Thatſachen geſchehen, welche das handlungsunfähige Individuum zum Berechtigten machen würden, wenn es handlungsfähig wäre, ſo ſetzen ſich die Rechtsgewohnheiten allerdings bei der Vorſtellung jener Thatſachen in derſelben Weiſe in Bewegung wie ſonſt, allein das Recht, welches ein handlungsfähiges Individuum ſonſt hier haben würde, iſt Mangels eines berechtigten Subjektes nicht vorhanden. Die rechtlichen Verhältniſſe liegen alsdann eben ſo wie bei der Stiftung; nur daß der Handlungsunfähige mit dem Augenblicke, in welchem die ſeine Handlungsfähigkeit begründenden Thatſachen geſchehen ſind, überall wo jene die Gewohnheiten erregenden Thatſachen vorliegen, als Berechtigter eintritt. Seine Willensäußerungen wirken von dieſem Zeitpunkte ab in Verbindung mit jenen, die Gewohnheiten erregenden Thatſachen auf die Gewohnheitsbewegung ein; jene Thatſachen erzeugen von dieſem Zeitpunkte für den früheren Handlungsunfähigen Rechte. Der Vortheil, welcher während der Dauer der Handlungsunfähigkeit durch die Bewegung der Rechtsgewohnheiten einkommt, wird von dem Vertreter des Handlungsunfähigen vermöge der Gewohnheiten, welche die Vorſtellung der Stellvertretungsthatſachen in dem Vertreter erregt, für den Handlungsunfähigen ſelbſt aufgeſpart. — Verſchwindet ein Individuum durch Tod, ſo hört es auf, einen Willen und Genuß zu haben, berechtigtes Subjekt zu ſein. In Rom verging nach dem Tode eines Individuum häufig eine gewiſſe Zeit, bis die Thatſachen vollſtändig geſchehen waren, welche ein anderes Individuum an Stelle des Verſtorbenen zum

Berechtigten machten. Dieſe Zwiſchenzeit, in welcher es keinen Berechtigten gab, nahm jedoch den bei Lebzeiten des Verſtorbenen geſchehenen Begründungsthatſachen nicht die Kraft, die Rechtsgewohnheiten wie ſonſt in Bewegung zu ſetzen. Man achtete — wenigſtens in der ſpäteren Zeit — die Sachgüter des Verſtorbenen ähnlich wie die res sacrae und religiosae, man zahlte an die servi hereditarii ähnlich wie an den Vertreter der Stiftung. Die servi hereditarii konnten ſogar, ähnlich wie der Vertreter einer Stiftung, neue Thatſachen ſetzen', welche die Rechtsgewohnheiten erregten, wie wenn ein Berechtigter vorhanden wäre. Mit dem Erbſchaftsantritt wurde der Erbe überall da berechtigtes Subjekt, wo ein Recht für den Verſtorbenen begründet oder wo „für die hereditas iacens" kontrahirt war. Mit dem Erbſchaftsantritt begründeten die von den servi hereditarii geſetzten Thatſachen Rechte, lebten die Rechte des Verſtorbenen in der Perſon des Erben wieder auf. — Bei den Rechten, die mit einem Amt verbunden ſind, bei den Inhaberpapieren, bei den römiſchen Prädialſervituten, den deutſchen ſubjektiv dinglichen Rechten iſt Berechtigter der jedesmalige Inhaber des Amtes, des Papieres, der jedesmalige Eigenthümer des herrſchenden Grundſtückes. Es fehlt alſo an einem Berechtigten, wenn das Amt zufällig unbeſetzt bleibt, wenn das Papier, das Grundſtück derelinquirt wird. Weil die Wahrnehmung eines Individuum als Inhabers des Amtes, des Papieres, als Eigenthümers des Grundſtückes nothwendig zum Anlaß zu gehören pflegt, mithin der Anlaß ſich nicht vollſtändig bilden kann, ſo lange kein Inhaber des Amtes, des Papieres, kein Eigenthümer des Grundſtückes da iſt, ſo bleibt die Rechtsgewohnheit während dieſer Zeit gewöhnlich in Ruhe. Dies hindert aber nicht, daß die Vorſtellung der alten Begründungsthatſachen ſofort wieder ihre die Rechtsgewohnheit erregende Kraft entfaltet, ſobald ein Inhaber des Amtes, des Papieres, ein Eigenthümer des Grundſtückes da iſt und als ſolcher von der Seele wahrgenommen wird. — Wenn der Ausſteller eines Inhaberpapieres das Papier in ſeine Hand bekommen hat, alſo ſolche Thatſachen eingetreten ſind, welche die Merkmale des Berechtigten gerade für den Verpflichteten, das zur Auslöſung der Rechtsgewohnheit beſtimmte Individuum, liefern, ſo fehlt es ebenfalls an einem berechtigten Subjekt. Denn Willenserklärungen des

Individuum, welches jetzt allein berechtigt sein könnte, wirken alsdann auf die in diesem Individuum selbst bestehenden Rechtsgewohnheiten nicht ein. Die Auslösung der Rechtsgewohnheit, welche durch die Wahrnehmung des Inhaberpapieres sonst herbeigeführt wird, unterbleibt, so lange der Aussteller das Papier in Händen hat, überhaupt, weil Niemand sich selbst etwas leisten und also der Anlaß der Rechtsgewohnheit sich nicht bilden kann. Hat jedoch wieder ein anderes Individuum das Papier in die Hand bekommen, sind also Thatsachen eingetreten, welche wieder ein anderes Individuum als gerade den Aussteller zum Berechtigten bestimmen, so wirkt die Vorstellung des alten Inhaberpapieres nach wie vor die Auslösung der Rechtsgewohnheit. Willensäußerungen des neuen Inhabers beeinflussen bei ihrer Vorstellung die Bewegung der Rechtsgewohnheit eben so wie sonst Willensäußerungen des jeweiligen Inhabers. Der neue Inhaber ist wieder berechtigtes Subjekt.

Meine Begriffsbestimmung des subjektiven Rechtes will nicht blos für Privatrechte Geltung haben, sondern alle subjektiven Rechte, vor Allem auch die des öffentlichen Rechtes, umfassen. Jedes Individuum, welches in einem Gehorsamsanlasse steht, hat ein subjektives Recht, denn seine Willensäußerungen wirken auf die Bewegung von Rechtsgewohnheiten ein; die Wahrnehmung von Willensäußerungen eines solchen Individuum ist sogar Bestandtheil des Anlasses der Rechtsgewohnheit. Jeder Wahlberechtigte hat ein subjektives Recht; denn die Wahrnehmung der Willensäußerung des Wählers, welche in der Abgabe der Stimme liegt, löst in den Wahlbeamten eine Rechtsgewohnheit — die gesetzliche Gehorsamsgewohnheit oder eine selbständige Rechtsgewohnheit — aus, vermöge welcher die Beamten die Stimme annehmen und zählen. Die sogenannte Redefreiheit bedeutet ein subjektives Recht; denn die in dem Aussprechen der Worte liegende Willensäußerung eines Individuum setzt, soweit Freiheit der Rede herrscht, bei ihrer Wahrnehmung in den Beamten des Staates eine Gewohnheit — die Gehorsamsgewohnheit gegen das Gesetz oder eine selbständige Rechtsgewohnheit — in Bewegung, vermöge welcher die Beamten den Antrieb, das Individuum an der Rede zu hindern oder nach Vollendung derselben zur Verantwortung zu ziehen, unterdrücken. Wo

Thatsachen eingetreten sind, welche bei ihrer Wahrnehmung einem Individuum die Möglichkeit geben, durch Anträge, Beschwerden, Klagen — lauter Willensäußerungen — Beamte zum Handeln oder Erwägen zu veranlassen, ist für dieses Individuum ein subjektives Recht begründet; denn der Antrag, die Beschwerde, die Klage veranlaßt das Handeln und Erwägen, indem die Wahrnehmung der darin enthaltenen Willensäußerung in den Beamten Gewohnheiten — die Gehorsamsgewohnheit gegen das Gesetz oder selbständige Gewohnheiten — in Bewegung setzt. In all diesen Fällen ist der materielle oder ideelle Genuß, welchen die mit ihren Willensäußerungen auf die Rechtsgewohnheiten einwirkenden Individuen von den durch die Vorstellung der Willensäußerung bewegbaren Rechtsgewohnheiten haben, ein subjektives Recht der Individuen.

Ex. A. L. P.
12/22/02.